

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO

Dálety Azevedo de Castro

PODER FAMILIAR E SUA DESTITUIÇÃO: O PROBLEMA DA
MOROSIDADE DO PROCEDIMENTO

Porto Alegre

2018

DÁLETY AZEVEDO DE CASTRO

**O PROBLEMA DA MOROSIDADE NO PROCEDIMENTO DE DESTITUIÇÃO
DO PODER FAMILIAR**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado como requisito parcial para
obtenção de grau de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais pela
Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Simone Tassinari
Cardoso Fleischmann.

Porto Alegre

2018

DÁLETY AZEVEDO DE CASTRO

**O PROBLEMA DA MOROSIDADE NO PROCEDIMENTO DE DESTITUIÇÃO
DO PODER FAMILIAR**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado como requisito parcial para
obtenção de grau de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais pela
Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovado em 07 de dezembro de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Doutora Simone Tassinari Cardoso Fleischmann - UFRGS
Presidente da Comissão

Prof^a. Doutora Lisiane Feiten Wingert Ody
Membro da Comissão

Prof. Rodrigo Cantali
Membro da Comissão

AGRADECIMENTOS

A Deus, por realizar sonhos.

A Universidade Federal do Rio Grande do Sul, pelo acolhimento e pela qualidade no ensino, pesquisa e extensão.

Aos meus pais, por serem meu sustento e exemplo e aos meus irmãos, por provocarem os momentos de distração e as risadas de que precisei.

A minha orientadora, pela disposição para a concretização deste trabalho e pelas preciosas orientações, sem as quais não seria possível realizar esta pesquisa.

Ao meu namorado, pelo apoio indispensável para a realização desta tarefa e pela compreensão.

Aos meus amigos, por partilharem comigo a alegria de cada conquista.

Aos meus irmãos da I.E.Q. Esperança e Jardim Ingá, pelo carinho fraternal em todos os momentos.

RESUMO

O presente trabalho visa analisar as modificações ocorridas no instituto do poder familiar e sua destituição. Inicia-se o estudo pela gênese deste instituto jurídico, perpassando as legislações nacionais pertinentes ao tema e expondo o conceito atualmente aceito de poder familiar. A destituição do poder familiar é analisada em suas hipóteses de aplicabilidade, bem como o procedimento para sua concretização. A problemática se apresenta através da constatação da morosidade do procedimento como entrave à adoção. Diante disso, é analisado o acórdão do Agravo de Instrumento nº 70076485424, da Oitava Câmara Cível, tendo como relator o Des. José Antônio Daltoé Cezar que apresenta a possibilidade de colocação da criança em Cadastro Nacional de Adoção antes de finalizada a destituição do poder familiar, como medida excepcional.

PALAVRAS-CHAVE: poder familiar, destituição do poder familiar, Estatuto da Criança e do Adolescente, morosidade do procedimento, adoção.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the changes concerning the institute of family power and its dismissal. The paper begins by studying the genesis of this legal institute, going through national legislations pertinent to the subject and exposing the currently accepted concept of family power. The dismissal of family power is analyzed in its hypotheses of applicability, as well as the procedure for its implementation. The problem arises through the finding of the length of the procedure as an obstacle to adoption. Therefore, the judgment of Agravo de Instrumento nº 70076485424, of the Eighth Civil Chamber, is analyzed, with Des. José Antônio Daltoé Cezar, who presents the possibility of placing the child in the National Registry of Adoption before the end of the destitution of family power, as an exceptional measure.

KEY WORDS: Family power. Statute of the Child and Adolescent. Procedural slowness. Adoption.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1. DO PÁTRIO PODER AO PODER FAMILIAR.....	8
1.1 Panorama da intervenção Estatal na infância no Brasil.....	8
1.2 Origem do instituto poder familiar.....	17
1.3 Histórico do poder familiar na legislação brasileira.....	20
1.3.1 Código Civil de 1916.....	20
1.3.2 Código de Menores de 1927.....	21
1.3.3 Código de Menores de 1979.....	23
1.3.4 Constituição Federal de 1988.....	24
1.3.5 Estatuto da Criança e do Adolescente.....	25
1.3.6 Código Civil de 2002.....	28
1.4 Conceito atual de poder familiar.....	30
2. DAS FORMAS DE PERDA DO PODER FAMILIAR.....	33
2.1 Deveres do poder familiar.....	33
2.2 Extinção do poder familiar.....	37
2.3 Suspensão do poder familiar.....	38
2.4 Destituição do poder familiar.....	40
2.5 Do procedimento.....	41
2.6 Da morosidade do processo.....	42
3. A DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR COMO REQUISITO À ADOÇÃO: NOVOS DESAFIOS.....	47
3.1 Casas de acolhimento institucional cheias, cadastro de adotantes cheio. Por que os aptos à adoção são poucos?.....	47
3.2 Direito à convivência familiar é sinônimo de família biológica?.....	53
3.3 O princípio do melhor interesse da criança como norteador do processo de destituição do poder familiar e do encaminhamento à adoção.....	57
4. CONCLUSÃO.....	60
5. BIBLIOGRAFIA.....	63
6. ANEXO.....	67

INTRODUÇÃO

O poder familiar sofreu inúmeras mudanças, acompanhando as transformações que ocorreram nas formas de se constituir família e das funções desempenhadas por seus membros. Por conseguinte, estas alterações foram refletidas na lei e na doutrina jurídica, de modo a comportar as novas famílias constituídas e tutelar seus componentes.

O pátrio poder, outrora irrestrito e exercido apenas pelo pai, vai sendo delimitado pela lei, paulatinamente, e dividido o seu exercício com a mãe. Assim, o Estado, visando proteger seus cidadãos dos possíveis marginais que surgiriam do abandono paterno, vê-se legitimado a adentrar em local que antes era sagrado e ilibado: a família. A intervenção estatal mais impactante na família, especificamente concernente ao exercício insatisfatório do poder familiar, dá-se através da destituição do poder familiar.

Neste trabalho, o poder familiar é analisado desde a sua concepção originária, na Roma antiga, até a atualidade, visto que, como instituto jurídico, sofreu mutações e continua sujeito aos novos desafios que o direito das famílias enfrenta. Por consequência, analisa-se a gênese da destituição familiar, seus motivos e seus meios de execução.

O primeiro capítulo é destinado à análise do poder familiar e da destituição deste poder desde a sua origem até o conceito atual. Por ser a destituição do poder familiar uma intervenção estatal no núcleo familiar, inicia-se o estudo com a intervenção do Estado na infância; de onde verte a necessidade de interferência do governo federal nesta fase da vida, quais são os objetivos traçados para os infantes e jovens e quais são os meios empregados para alcançá-los. Usam-se como referenciais os trabalhos de Irene Rizzini e Emílio Mendez e Antonio Costa.

Parte-se às origens do poder familiar, estudo indispensável para a compreensão do processo de destituição do poder familiar. São discutidas as formas e os limites que o instituto tem conforme a organização da família e o entendimento da sociedade sobre as funções de cada familiar. Após, as legislações nacionais que disciplinam o poder familiar e sua destituição são explicitadas para que se possa verificar as modificações por elas implementadas. O capítulo é encerrado com o conceito de poder familiar na contemporaneidade, com críticas dos doutrinadores quanto à nomenclatura utilizada para definir o instituto.

O segundo capítulo trata das formas de perda do poder familiar, que não se restringem à destituição deste. Inicia-se com a análise dos deveres do poder familiar, visto que o descumprimento destes pode acarretar em sua perda. Em seguida, as três formas de

perda do poder familiar identificadas pela doutrina são analisadas e o processo para a efetivação destas é visto em perspectiva crítica. O fechamento do capítulo é feito com a análise da morosidade dos procedimentos de destituição do poder familiar como uma afronta ao tempo estabelecido pelo legislador.

O terceiro capítulo aborda a destituição do poder familiar como requisito à adoção. As entrevistas semiestruturadas realizadas complementam a doutrina e demais pesquisas apresentadas. Tem-se como paradigma de análise o Agravo de Instrumento nº 70076485424, da Oitava Câmara Cível, acórdão de 17 de maio de 2018, Relator: Des. José Antônio Daltoé Cezar. O acórdão relata tratamento inovador à criança, que foi incluída no Cadastro Nacional de Adoção antes de perfectibilizada a destituição do poder familiar. Assim, são analisadas a quantidade de crianças e adolescentes em acolhimento institucional e a quantidade de pessoas aptas à adoção. Questiona-se o motivo das adoções não serem efetuadas.

Ainda no terceiro capítulo, é analisado o direito à convivência familiar e se este direito seria concretizado apenas no seio da família natural. Discorre-se sobre a família substituta como uma alternativa à criança e ao adolescente destituído do poder familiar. Por fim, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é apresentado como norteador do processo de destituição do poder familiar e do encaminhamento à adoção. Em casos de retomada do poder familiar por quem fora destituído, a multiparentalidade é vista como alternativa viável de reconstrução de vínculos, sem apagar os elos estabelecidos com a família substituta.

A relevância que motiva a presente pesquisa reside na necessidade de se apontar caminhos possíveis para o problema do entrave que o procedimento de destituição do poder familiar causa à adoção. Por ser a destituição do poder familiar pressuposto da adoção, a morosidade do seu procedimento acarreta em prejuízos incalculáveis à criança e ao adolescente, em sua peculiar experiência do tempo e situação de desenvolvimento.

1. DO PÁTRIO PODER AO PODER FAMILIAR

As transformações no relacionamento entre pais e filhos, as novas formações das famílias, as mudanças que permitiram igualdade da mulher na relação conjugal e o reconhecimento das crianças e adolescentes como sujeitos de direitos levaram a intensas modificações no instituto que atualmente chamamos Poder Familiar. Inclui-se, além, a igualdade entre os filhos consolidada pela Constituição Federal de 1988 (art. 227, §6º, Constituição Federal de 1988), que exerce grande mudança sobre a abrangência do exercício deste instituto.

Em suas raízes conhecido como *patria potestas* (NORONHA, 2006, p. 89 - 90), o poder era ilimitado, dando direito ao pai sobre o filho, inclusive para decidir sobre a morte deste. Todavia, a remodelagem social e o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico levaram a uma nova percepção sobre este poder, outrora do pai que o exercia por vezes contra o filho, e volta-se como um poder-dever, onde os pais zelam pelo melhor interesse da criança e do adolescente (ROSA, 2017, p. 338).

Assim, o pátrio poder¹ abre espaço para o poder familiar na medida em que a mulher é posta em igualdade no relacionamento conjugal (art. 226, § 5º, Constituição Federal de 1988), tendo também deveres sobre os filhos e decidindo conjuntamente com seu cônjuge a melhor forma de criar e educar o infante e o adolescente, sujeitos de direito em estado especial de desenvolvimento (art. 227, § 3º, V, Constituição Federal de 1988).

Desta forma, o instituto jurídico do poder familiar é, atualmente, resultado de uma construção histórica, em que as marcantes modificações sociais e a busca por tutelar os direitos das crianças e dos adolescentes foram abarcados. Não se pode esquecer, todavia, que o início deste se dá como poder total ao pai, em função da sociedade patriarcal romana, onde nasceu este instituto jurídico.

1.1 Panorama da intervenção Estatal na infância no Brasil

Na transição do Império para a República Brasileira, o cenário se transformava. Além das mudanças no governo da nascente nação independente, o povo concentrava-se cada vez mais nas cidades e centros urbanos e a camada social mais abastada seguia o

¹ Termo utilizado pelo Direito brasileiro para definir o conjunto de poderes que o pai tinha sobre o filho, posteriormente e com ressalvas também o possuía a mãe, até o ano de 2001.

padrão europeu, na ânsia de mostrar-se como sociedade evoluída e civilizada. (RIZZINI, 2008, p. 25, 29).

Neste meio, o trabalho era visto como uma virtude; um requisito a todo aquele que quisesse ser visto com bons olhos pela sociedade. O contrário era considerado um desajuste, um desvirtuamento ao qual era necessária atenção estatal: os desempregados ou desocupados eram vistos como vadios e vagabundos que importunavam a vida dos trabalhadores. (RIZZINI, 2008, p. 54 - 56).

Cecília Coimbra e Maria Nascimento (2005, p. 343) observam que os pobres eram considerados viciosos quando não exerciam atividade laboral, uma das virtudes mais louvadas pelo capitalismo. Os vadios eram então portadores de delinquência, libertinos e maus pais; a representação de um perigo social que precisava ser extinguido. Surge a imprescindibilidade de medidas voltadas à essa parte da população, vistos como criminosos em potencial. Assim, os ditos vadios eram mais visados, porém os trabalhadores menos afortunados também corriam riscos de doenças, pois a periculosidade estava na natureza do ser pobre.

Após a constatação da periculosidade advinda da população pobre, nasce uma grande preocupação com a infância e a juventude que poderia compor ameaça no futuro. Assim, as crianças e os jovens pobres são vistos como possíveis vadios e que deveriam ser observados e mantidos sob controle permanente (COIMBRA; NASCIMENTO, 2005, p. 344).

Dáí volta-se o olhar aos filhos: os que provinham de família de desajustados e vadios provavelmente seguiriam o caminho dos genitores, com tendência à mendicância e aos crimes. Era preciso, então, reeducá-los e remodelá-los dentro do esperado pela sociedade para que esses filhos fossem dignos de serem cidadãos brasileiros. Assim, o poder familiar começa a receber a intervenção do Estado, de modo que a família que não cumprisse o dever de educar corretamente o infante teria o direito de fazê-lo tolhido e deslocado ao Estado (RIZZINI, 2008, p. 68 – 69).

É espantoso perceber de onde verte o primeiro olhar do direito brasileiro à criança e ao adolescente: não com a intenção de cuidar e proteger o infante e o jovem dos danos que a ausência de cuidados da família e a falta de educação causariam, mas para proteção e cuidado da sociedade que poderá ser vítima deste, caso não encontre uma ocupação lícita. Esse trecho de Dr. Alfredo Ferreira de Magalhães demonstra o caráter de proteção à sociedade de que as políticas aplicadas à infância estavam sujeitas:

Quando recolhemos um pequeno ser atirado sosinho nas tumultuosas marêtas dos refolhos sociais, victimas de paes indignos ou de taras profundas, não é ele que nós protegemos, são as pessoas honestas que defendemos; quando tentamos chamar ou fazer voltar à saúde physica ou moral seres decadentes e fracos, ameaçados pela contaminação do crime, é a própria sociedade que defendemos contra agressões das quais, por ella mesma, o abandono das crianças constitue uma ameaça ou um presságio (MAGALHÃES, 1922, p. 133).

O discurso que se apresenta é integrado por uma dualidade: a proteção à infância e as formas de se proteger contra essa criança. O adulto é provocado por um sentimento ora de proteção, cuidado e caridade para com o infante, ora por autoridade, controle e agressividade, quando este cresce e não demonstra mais a dependência de antes (RIZZINI, 2008, p. 84).

A infância era vista como um período mais propício para se moldar o cidadão, e era, assim, associada a desordem e ameaça de controle, caso não fosse bem orientada. O ordenamento dos infantes ficava a cargo da Igreja Católica, com o viés da caridade, em um primeiro momento. Esta atuava com a população pobre com a função de educar moralmente os cidadãos.

No tocante aos infantes, havia a Roda dos Expostos, que acolhia os órfãos abandonados sem a necessidade de quem o ali deixava ser identificado. Mas este modelo, após mais de cento e cinquenta anos de uso (RIZZINI, 2008, p. 111)², desencontrava-se com a mentalidade dos moralistas defensores de que a prática estaria incentivando uniões ilícitas que geravam filhos ilegítimos, abandonados na Roda dos Expostos. Ademais, os pais que não possuíam condições financeiras de criar seus filhos recorriam ao abandono. A questão da legitimidade dos filhos foi um forte argumento para o afastamento da prática assistencial das Rodas.

Além da questão moralista, havia o avanço da medicina higiênica no Brasil. Para os higienistas, o sistema de institucionalização através da Roda dos Exposto foi considerado uma forma ineficiente no tratamento da infância abandonada e delinquente. O Código de Menores de 1927 decretou sua extinção no capítulo referente aos infantes expostos³ (ALVAREZ, 1989, p. 37).

Conforme Irene Rizzini (2008, p. 121), ainda sob as condições dos moralistas da época, desejava-se retirar da família os filhos que a ela não se submetiam, ocasionado pelo abandono moral. O desafio era como mudar a tradição sagrada da autoridade do pai.

² A prática foi adotada através da Santa Casa de Misericórdia e rejeitada no séc. XIX.

³ Art. 15, Código de Menores de 1927: Art.15. A admissão dos expostos á assistencia se fará por consignaçon directa, excluido o systema das rodas

Então, mostra-se que a família que não conseguisse educar seus rebentos ou contra estes cometia atrocidades era passível de punição pelo Estado, pois comprometiam a moralidade dos filhos e a esperança de uma nação melhor no futuro. Assim, a prole deixa de ser propriedade intrínseca da família e a paternidade poderia ser interrompida e suprimida.

O discurso dos juristas da época subdividia-se em três etapas: a primeira, mostrar a crescente criminalidade e como as crianças eram influenciadas nestes meios; a segunda, afirmar que o problema dos infantes estava na família que abandonava os filhos por crueldade ou incapacidade; e a terceira, apresentar como solução a prevenção, que daria aval ao Estado para intervir nas relações familiares, no tocante ao cuidado com a prole.

(...) Dois veios que marcarão a ação jurídico-social dirigida à infância: elaboração de uma legislação específica que permitisse a livre tutela do estado sobre a criança; controle da ação social (pública e privada) considerada adequada para cada caso, cumprindo a dupla função (filantrópica e jurídica) – de assistência e proteção, da infância e da sociedade. (RIZZINI, 2008, p. 121 - 122).

Firma-se então uma aliança entre a Justiça e a Assistência, dando origem a ação tutelar do Estado através da criação do Juízo de Menores e da legislação especial pela qual este juízo atuaria, o Código de Menores, na década de 20. A atuação destas instituições era de sanear moralmente os rebentos dos pobres, colocando-os em disciplina e no trabalho (RIZZINI, 2008, p. 125).

No âmbito do Direito Penal, o crescente número da criminalidade infantil mostrava a necessidade de mudanças, considerando que o modelo repressivo à época não era eficiente. Assim, com a interferência de outras ciências tais como a psicologia, a sociologia e psiquiatria, objetivava-se a humanização da Justiça e do Sistema Penitenciário, onde a infância foi também contemplada. Este novo modelo foi concretizado na década de 20, onde foi concebida a ideia de uma Justiça de Menores no Brasil (RIZZINI, 2008, p. 129).

Maria Cruz e Leandro Silva (2015, p. 3), informam que a Doutrina do Direito do Menor foi construída com base no binômio carência e delinquência. A criança não era mais confundida com um adulto nem recebia reprimendas como este, mas agora padecia de outro mal: a criminalização da pobreza.

A América Latina foi o laboratório das ideias da Europa e América do Norte, da Justiça de Menores, fundamentada no debate internacional do final do século XIX. Essa Justiça era voltada à infância pobre não contida pelos pais, cuja a família não era considerada apta a educa-la conforme os padrões de moralidade vigentes. “Os filhos dos

pobres que se encaixavam nesta definição, portanto passíveis de intervenção judiciária, passaram a ser identificados como “menores” (RIZZINI, 2008, p. 130). Este seguimento da infância foi criminalizado: pobre, abandonado e delinquente. O termo “menor” foi incorporado à sociedade, para além do ordenamento jurídico.

Qualquer criança ou adolescente pobre estava sujeito a ser tratado pela Justiça e pela Assistência. No Brasil, a atuação destas instituições foi monopolizadora de autoridade e controle. As medidas repressivas visavam o controle da população nas ruas por meio de intervenção policial, que apreendia, entre adultos, crianças e jovens, e os encaminhava às “colônias correccionaes”⁴

No século XX, a prática do Direito Penal de contenção de menores em conflito com a lei tornou-se obsoleta. Urgia a necessidade de encaminhar estes menores à educação, com práticas educativas que os moldassem para o trabalho. A mudança percebe-se também na classificação da infância, que no séc. XIX era o termo utilizado para designar o indivíduo até que atingisse a maioridade, fixada em vinte e um anos. No século seguinte, inicia-se a distinção entre a infância e a adolescência⁵; tendo o termo “menor” se propagado como uma categoria jurídica que designava a infância pobre e abandonada.

Os menores moralmente abandonados eram encaminhados para uma escola de prevenção ou preservação separada por sexo, ou para um estabelecimento industrial, onde era ministrada a educação básica e realizado trabalho em oito horas diárias. Era bem vista a utilização de mão de obra infantil nas fábricas e zonas rurais, como parte da educação moralizadora e disciplinar, preparando os menores desvalidos para a vida profissional. Já os menores delinquentes eram encaminhados para a Escola de Reforma, dividida em duas seções, sendo uma industrial para os menores absolvidos e outra agrícola para os menores condenados (RIZZINI, 2008, p. 137 - 138).

A forma de institucionalização por meio de colônias agrícolas foi considerada uma boa medida à infância e juventude abandonada ou criminosa, considerando a necessidade de formar mão de obra assalariada após a abolição da escravidão. Assim, acostumar os infantes desde cedo ao trabalho seria útil à sociedade que receberia, no lugar de homens

⁴ Lei 497, de 29 de dezembro de 1902: Fica o Poder Executivo autorizado a crear uma ou mais colônias correccionaes para a reabilitação, pelo trabalho e instrucção, dos mendigos validos, vagabundos ou vadios, capoeiras e menores viciosos que forem encontrados e como taes julgados no Districto Federal. Apud RIZZINI, 2008, p. 131.

⁵ Surge a menção ao “púbere”, referindo-se à época ao “rapaz” e a “rapariga”, sempre associada a criminalidade, de acordo com RIZZINI (2008, p. 134).

e mulheres imorais e ociosos, cidadãos morais e trabalhadores (ALVAREZ, 1989, p. 41 – 44).

No âmbito legislativo, em 5 de janeiro de 1921, a Lei 4.242, em seu artigo 3º, autorizava o Governo a gerir a assistência e proteção à infância abandonada. Mas é somente no ano de 1926 que se institui o Código de Menores, sendo consolidada a lei de proteção e assistência no ano de 1927, resultando em uma lei minuciosa, com 231 artigos. Foram fixadas as atribuições e prerrogativas do Juizado de Menores, tais como a de suspender o pátrio poder daquele que faltasse com o cumprimento dos deveres paternos⁶.

Afirma Marcos Alvarez (1989, p. 52) que no início do século XX surgiu um forte movimento em prol da infância e juventude abandonada e delinquente, formado por advogados, juízes, educadores e médicos, que propuseram modificações na legislação e nas instituições que tratavam da infância e juventude. Entre todos os envolvidos, o juiz José Cândido de Albuquerque Mello Mattos⁷ foi o mais influente, razão pela qual o Código de Menores de 1927 ficou conhecido como Código de Mello Mattos.

Mas foi Mello Mattos, primeiro Juiz de Menores do Brasil, nomeado em 1924, quem, a partir da década de vinte, passou a levar em frente as reformulações da legislação da menoridade, terminando por ser o principal responsável pela aprovação do primeiro Código de Menores do país. Mello Mattos reuniu sua experiência como criminalista, filantropo e juiz de menores para sintetizar, em forma de lei, um novo projeto de institucionalização da infância e adolescência, que já estava presente em muitos discursos que circulavam, então, na sociedade (ALVAREZ, 1989, p. 52 – 53).

A legislação era protecionista, com o ímpeto de resolver o problema da infância pobre e abandonada no país. Assim, o Estado exercia controle absoluto sobre a população que poderia ser desordeira. Acrescentando ao menor abandonado a expressão “ou em perigo de o ser”, trazia à baila do Juizado de Menores qualquer um que se visse como ameaça presente ou futura. Assim, qualquer característica física ou de vestimentas que pudesse gerar desconfiança da autoridade policial, fazia com que aquele menor fosse apreendido arbitrária e sumariamente (RIZZINI, 2008, p. 140 - 142).

A crítica que se faz aos meios empregados aos menores é que estes não conduziram ao êxito de uma população com alto grau de civilização, como parecia ser o almejado no início da República. Outrossim, os meios repressivos e de contenção da

⁶ Código de Menores de 1927, art. 34, caput e V: “Suspende-se o pátrio poder ao pae ou á mãe que por abuso de autoridade, negligência, incapacidade, impossibilidade de exercer o seu poder, faltar habitualmente ao cumprimento dos deveres paternos”.

⁷ Em 2 de Fevereiro de 1924 Mello Mattos foi nomeado Juiz de Menores do Distrito Federal, primeiro Juiz de Menores do Brasil (SOUZA, 2011, p. 27 – 28).

população pobre infanto-juvenil, em detrimento de uma educação de qualidade ao acesso de todos, reforçava a ideia de criação de uma massa acrítica de tão somente força de trabalho, controlada pelos gestores do país, desde a mais tenra idade.

Era o caso do Brasil, visto em sua infância, com sua nacionalidade em formação, e seu povo-criança, ainda por fazer... Como um pai que se vê diante da tarefa de criar os filhos, a elite, do alto de seu inabalável Pátrio Poder, estabelecia as normas, ditava as regras e prometia sanear, civilizar, moralizar o país (RIZZINI, 2008, p. 150).

Em 1942 cria-se o SAM – Serviço de Assistência ao Menor. Como órgão constituinte do Ministério da Justiça, operava como um equivalente ao sistema penitenciário para a população considerada como menor de idade. Para além do SAM, surgem neste período diversos programas federais baseados no oferecimento de assistência e educação básica, além de estratégias de trabalho e geração de renda. São eles: Legião Brasileira de Assistência (LBA), Fundação Darcy Vargas, Casa do Pequeno Jornaleiro, Casa do Pequeno Lavrador, Casa do Pequeno Trabalhador e Casa das Meninas (MENDEZ; COSTA, 1994, p. 124 – 125).

No ano de 1959 a Declaração Universal dos Direitos da Criança foi adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU). A intenção era de incentivar os países membros a construir o pleno crescimento das crianças, assegurando o seu desenvolvimento em ambiente familiar e formando-as para a vida em sociedade (CRUZ; SILVA, 2015, p. 3).

No período entre 1945 a 1964, ressalta-se a criação da Campanha Nacional de Merenda Escolar, a constituição do Serviço de Assistência Médica Domiciliar de Urgência (SAMDU) e a decadência do SAM. O Serviço de Assistência ao Menor passa a ser encarado como repressivo, embrutecedor e desumano, sendo execrado pela opinião pública e pela imprensa de oposição ao governo por sua fama de “universidade do crime” e “sucursal do inferno” (MENDEZ; COSTA, 1994, p. 126).

A Lei nº 4.513 de 1964 estabelecia a Política Nacional de Bem-Estar do Menor e a Lei nº 6.697 de 1979 instituía o Código de Menores. Em conjunto, estas duas leis não eram direcionadas à toda a população infanto-juvenil; seus destinatários eram as crianças e os jovens considerados em situação irregular, a qual incluía os menores em situação de necessidade material. Assim, os pobres eram objeto potencial da intervenção do sistema de administração da Justiça de Menores (MENDEZ; COSTA, 1994, p. 127 - 128). Assevera Emílio Mendez e Carlos Costa (1994, p. 128) que “além do mais, havia um único conjunto de medidas aplicáveis o qual se destinava, indiferentemente, ao menor carente, ao abandonado e ao infrator”.

O Código de Menores de 1979 consagrou a doutrina da situação irregular, que o Estado buscava justificar a partir do descaso dos pais, das dificuldades enfrentadas pelas mães solteiras, da pobreza e do que se considerasse uma família desorganizada. A falta de autoridade era interpretada como responsável por colocar os menores em situação de risco social, que os conduziria à ilegalidade e ao crime. Assim, o Estado via-se legitimado para adentrar no seio da família e retirar crianças e adolescentes das suas casas que estivessem sofrendo de abandono, seja ele material, afetivo ou moral. A doutrina da situação irregular analisava a conduta pessoal, a família e o abandono social, realizando um controle da pobreza (CIARALLO; ALMEIDA, 2009, p. 614).

A respeito do Código de Menores de 1979, Cynthia Ciarallo e Ângela Almeida (2009, p. 615) afirmam que este manteve a mesma concepção minorista. O art. 5º do referido diploma legal⁸ amparava o Juiz de Menores para que decidisse o melhor interesse do menor, sem defesa. As medidas eram apresentadas como garantia das necessidades do menor que, no lugar de preso, punido e acusado, era internado, protegido, encaminhando, educado ou reeducado.

A Política Nacional de Bem-Estar do Menor (PNBEM) estabelecia um padrão uniforme de ações para todo o país. O órgão nacional desta política era a Fundação Nacional de Bem-Estar do Menor (Funabem), enquanto os órgãos de execução estadual eram as Fundações Estaduais do Bem-Estar do Menor (Febem). Entretanto, ao ser criada, a Funabem herdou do órgão antecessor prédios, equipamentos, materiais e pessoal – o que perpetuava a cultura correcional-repressiva, de modo que nunca fosse completamente superada. Assim, o modelo assistencialista e as práticas repressivas conviveram durante toda a sua vigência (MENDEZ; COSTA, 1994, p. 128 - 129).

A respeito das práticas herdadas pelas instituições anteriores e refletidas pela PNBEM, resumem Mary Castro e Miriam Abramovay:

Em 1964, sob a égide do regime ditatorial, o SAM foi substituído pela Política Nacional de Bem-Estar do Menor (PNBEM), tendo como organismo gestor, de representatividade nacional, a Funabem (Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor). A ação da Funabem estava em consonância com a Lei de Segurança Nacional e representou a perpetuação da lógica do SAM e, por conseguinte, do Código de Menores, segundo a qual o jovem pobre era potencialmente um infrator que deveria ser reconduzido às malhas do sistema (CASTRO; ABRAMOVAY, 2002, p. 22).

⁸ Art. 5º, Código de Menores de 1979: Na aplicação desta lei, a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado

As práticas adotadas começam a ser reprovadas pela perversidade apresentada e principalmente pela ineficácia. Desta feita, um novo grande programa nacional é concebido, o Plano de Integração Menor-Comunidade (Plimec). A implantação a nível nacional ocorreu por meio dos Núcleos Preventivos cujo objetivo era atender a criança e o adolescente em seu meio de origem, com a intenção de evitar que fossem trabalhadores de rua ou que fizesse do espaço público seu local de moradia. Porém, este plano não se mostrou exitoso devido a sua inflexibilidade, fazendo com que não se adaptasse às necessidades locais (MENDEZ; COSTA, 1994, p. 129 - 130).

A necessidade de mudança nas políticas adotadas à infância e juventude era clara e iminente. Assim, a iniciativa popular, a Frente Nacional de Defesa dos Direitos das Crianças e Adolescentes, a Pastoral do Menor da CNBB⁹, o Movimento Nacional Meninos e Meninas de Rua e a Comissão Nacional Criança e Constituinte unem esforços para que os direitos da criança e do adolescente constassem na Constituição Federal de 1988. A iniciativa privada também teve parte neste esforço nacional; rádios de televisão cederam espaço para divulgação sobre o tema, bem como emissoras de rádio e jornais (MENDEZ; COSTA, 1994, p. 136 - 137).

Como resultado deste trabalho, duas emendas de iniciativa popular, com mais de duzentas mil assinaturas de eleitores foram apresentadas à Assembleia Nacional Constituinte, tendo seus textos fundidos e ingressando no corpo da Constituição com a maioria de 435 votos a favor e somente 8 votos contra. O *caput* do art. 227 da Magna Carta carrega o enfoque e a substância básica da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, cujo projeto era conhecido no Brasil, mas que foi aprovada apenas em 20 de novembro de 1989 (MENDEZ; COSTA, 1994, p. 137).

Com o avanço alcançado na Constituição Federal de 1988, faltava agora a gênese de uma lei ordinária que revogasse a velha legislação e rompesse totalmente com o caráter minorista vigente até então. Assim, com a união do setor jurídico, de políticas públicas e do movimento social foi criado o Estatuto da Criança e do Adolescente, que revogou o Código de Menores de 1979 e a Política Nacional de Bem-Estar do Menor. O ECA foi aprovado pelo Congresso Nacional e sancionado pelo Presidente da República, tornando-se a Lei nº 8.069 de 1990 (MENDEZ; COSTA, 1994, p. 138 – 139).

Para Mary Castro e Miriam Abramovay (2002, p. 24), a problemática dos direitos e políticas públicas voltada à infância e juventude teve crescimento no país nos fins da

⁹ Conferência Nacional dos Bispos do Brasil.

década, acompanhando a campanha pelas Diretas Já, tendo como resultado a apresentação à Assembleia Nacional Constituinte de 1988 da Emenda Popular “Criança – Prioridade Nacional”. O Fórum Permanente de Entidades Não-Governamentais de Defesa de Direitos da Criança e do Adolescente é criado em 1988 e em 1990 promulga-se o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que afirma a garantia dos direitos e deveres da criança e do adolescente e inova com o conceito de cidadania.

Como visto, o tratamento à infância e a juventude sofreu significativas modificações no Brasil. Inicialmente, é marcante o não reconhecimento da criança e adolescente como sujeitos de direitos. Depois, infantes e jovens são tratados como adultos e recebem as mesmas penas que o Estado aplicava aos adultos. A influência da Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 é percebida no Brasil a instituição da Política Nacional do Bem-Estar do Menor em 1964, e com o novo Código de Menores de 1979 (CRUZ; SILVA, 2015, p. 4 – 5).

Mas foi a Constituição Federal de 1988 que deu novas proporções à proteção da infância e juventude, resultando na criação do Estatuto da Criança e do Adolescente, que aboliu a ideia minorista e a doutrina da situação irregular e adotou a doutrina da proteção integral, consagrada pela Constituição Federal. Identifica-se então dois momentos distintos pertinentes à criança e ao adolescente: a doutrina da situação irregular e a doutrina da proteção integral.

1.2 Origem do instituto poder familiar

O poder familiar, tal como conhecemos atualmente, em pouquíssimo se parece com a sua origem. O *patria potestas*, advindo do direito romano, é considerado o início deste instituto e, como o próprio nome sinaliza, trata-se do poder que o pai tinha sobre os filhos. Entre os poderes atribuídos ao *pater familias*, cabia dispor da vida dos filhos, transferi-los a terceiros e entregá-los como garantia. (NORONHA, 2006, p. 89 – 90).

Na Roma Antiga atribui-se origem religiosa ao poder do pai, na medida em que este era o chefe do ritual religioso. O culto doméstico dedicado aos antepassados era exercido pelo *pater familias* – homem que não possuía ascendente masculino vivo, e o limite do seu poder dava-se pela religião. Ademais, a justiça era também atribuição do *pater familias*, que era o juiz de sua esposa e filhos, podendo condená-los à morte em sentença irrecorrível. Assim, o *pater* possuía direitos em relação a pessoa e ao patrimônio dos filhos (MONDIN, 2017, p. 6 – 7).

Por outro lado, o poder familiar germânico denominado *mundium* influenciou a formação jurídica dos povos ibéricos e era manifesto com caráter mais protetivo, afastando-se um pouco do conceito romano e aproximando-se substancialmente do instituto que temos na atualidade, que visa, de forma prioritária, o interesse do filho. Assim, na Idade Média evidencia-se o conflito entre a tradição romana e o modelo germânico de poder familiar (MONDIN, 2007, p. 8).

Com o advento do cristianismo, o exercício sacerdotal é retirado das mãos do *pater* e concentrado em poder do clero, extinguindo o caráter sagrado do exercício da paternidade. Com uma nova visão sobre o indivíduo, o Estado reconhece a infância até então completamente negligenciada e começa a reinterpretar as leis não condizentes com a nova realidade (MONDIN, 2007, p. 8).

Importante frisar que não havia diferenciação significativa entre crianças e adultos até o início do século XVI. A preocupação social com esta fase da vida era inexistente, tampouco se registravam os nascimentos. A mortalidade infantil atingia níveis altíssimos, e aqueles que sobreviviam, tão logo pudessem desfazer-se dos cuidados maternos, eram postos em igualdade com os adultos. Apenas com o surgimento do conceito de educação, no século XVII, abre-se caminho para uma nova forma de olhar a infância, ou melhor, de reconhecê-la. (MONDIN, 2017, p. 9 - 10).

Ingressando no ordenamento jurídico brasileiro no Código Civil de 1916, o pátrio poder foi o termo escolhido, não em vão, para designar o poder do pai sobre os filhos. Era o homem o legitimado a exercer o pátrio poder, sendo a mulher sua substituta apenas na sua falta ou impedimento. Ainda, caso a viúva contraísse novas núpcias, perdia o pátrio poder em relação aos filhos, independentemente da idade destes (DIAS, 2017, sem página).

A alteração efetuada no Código Civil de 1916 pelo Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62) assegurou às mães o pátrio poder em conjunto com os pais; todavia, este era exercido pelo pai com o auxílio da mãe. Assim, a vontade do genitor prevalecia, enquanto a mãe poderia tentar a resolução de discordância recorrendo ao Poder Judiciário (DIAS, 2017, sem página).

O filho, desde que legítimo¹⁰, era considerado objeto de posse do pai, o chefe de família. Este modelo de família hierarquizada e patriarcal, tendo o marido como o único

¹⁰ Filho legítimo era aquele havido em *justas núpcias*, dentro de casamento válido, sendo que os filhos espúrios, ou seja, aqueles havidos fora do casamento, restavam sobre o poder da mãe, conforme o art. 383 da Lei n. 3.071, de 01.01.1916 (Código Civil Anterior).

responsável sobre o núcleo familiar, despejava sobre o filho o encargo de ser objeto de poder do pai. (CAMINHA, 2015, p. 58 - 59).

Com o advento da Constituição Federal de 1988 foram consagrados os direitos fundamentais; entre eles, consolidada a igualdade entre os filhos¹¹, e homem e mulher postos em igualdade de direitos e deveres dentro do núcleo familiar¹². Assim, pai e mãe possuíam legitimidade para exercer o pátrio poder. (DIAS, 2017, sem página). Entretanto, o nome deste instituto só foi modificado com o Código Civil de 2002, que em seu Capítulo V nomeia-o como “poder familiar”, tal qual o conhecemos atualmente. (NORONHA, 2006, p. 92).

O poder familiar deixa de ser um poder ilimitado sobre a vida dos filhos e torna-se limitado, visando os deveres que os pais têm sobre estes que, de objeto de poder, passam a ser sujeitos de direitos. Reconhece-se, portanto, uma aproximação com o modelo germânico de poder familiar (DIAS, 2017, sem página). O Estatuto da Criança e do Adolescente reforça o Princípio da Proteção Integral, consagrado pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 227¹³, que identifica as crianças e os adolescentes como sujeitos de direitos e garantias, passíveis de serem exercidos contra quem quer que os viole¹⁴ (FULLER; BARROSO, 2017, sem página).

A crítica dos doutrinadores sobre o nome adotado refere-se, conforme Paulo Lôbo (2006, sem página), ao que este representa; o nome carrega ainda a ideia de poder que os pais têm sobre a vida dos filhos, sem mencionar os deveres. A doutrina estrangeira, tal qual a francesa e a inglesa, têm adotado o termo “responsabilidade parental”. No direito francês, o instituto é nomeado *autorité parentale*¹⁵ (NORONHA, 2006, p. 93), enquanto no direito inglês recebe o nome de *parental responsibility*¹⁶. Defende Paulo Lôbo (2006, sem página) que o termo “responsabilidade” seria o mais adequado ao sinalizar o

¹¹ A Lei 883, de 21 de outubro de 1949 tratava sobre o reconhecimento dos filhos ilegítimos.

¹² CF 226 § 5.º “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”

¹³ Constituição Federal 1988, art. 227 “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

¹⁴ Art. 100, I do ECA “condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos: crianças e adolescentes são os titulares dos direitos previstos nesta e em outras Leis, bem como na Constituição Federal”.

¹⁵ FRANÇA, **Loi n° 70-459 du 4 juin 1970**, artigo 6º: “Dans tous les textes où il est fait mention de la puissance paternelle, cette mention sera remplacée par celle de l'autorité parentale.”

¹⁶ INGLATERRA, **Children Act**, 1989, parte I, seção 3: “In this Act ‘parental responsibility’ means all the rights, duties, powers, responsibilities and authority which by law a parent of a child has in relation to the child and his property.”

exercício de uma função delimitada, em favor do direito e interesse de terceiro, neste caso, o filho.

1.3. Histórico do poder familiar na Legislação Brasileira

O poder familiar na legislação brasileira sofreu mudanças, desde o nome até substancialmente o significado do instituto, alterando seus deveres e direitos conforme avançava o conhecimento sobre a infância e dada a evolução no âmbito jurídico. Veja-se essas alterações nas principais legislações que versaram sobre a infância no Brasil.

1.3.1 Código Civil de 1916

Chamado de “pátrio poder”, o instituto estava enraizado nas concepções de uma família patriarcal, fundada no matrimônio, patrimonialista, onde os filhos eram objetos de mando do pai. Cabe destacar que nesta época somente os filhos considerados legítimos, legitimados, legalmente reconhecidos e adotados eram abarcados pelo pátrio poder, conforme o art. 379 do referido diploma legal.

O caráter patriarcal da lei era evidenciado no art. 380, onde designava que durante o casamento o pátrio poder seria exercido pelo pai, chamando-o chefe da família¹⁷ e, apenas na sua falta ou impedimento, o exerceria a mulher. Ainda, o filho ilegítimo não reconhecido pelo pai restava sob o poder materno. Neste caso, se a mãe não fosse conhecida ou incapaz de exercer o pátrio poder, era nomeado um tutor ao menor (art. 383, Código Civil de 1916).

No tocante aos deveres do pátrio poder, estes eram: dirigir a criação e educação dos filhos; tê-los em sua companhia e guarda; conceder ou negar consentimento para casar; nomear tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais lhe não sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercitar o pátrio poder; representá-los nos atos da vida civil; reclamá-los de quem ilegalmente os detenha e exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição¹⁸.

¹⁷ A posição de chefia competia ao homem também no relacionamento conjugal, conforme o art. 233, Código Civil de 1916: O marido é o chefe da sociedade conjugal.

¹⁸ Conforme art. 384 e seus incisos, “Do Pátrio Poder Quanto à Pessoa dos Filhos”, do Código Civil de 1916.

Os bens dos filhos eram geridos pelo pai e na sua ausência, pela mãe¹⁹. Havia hipóteses em que, se contrário aos interesses dos filhos, estes ou o Ministério Público poderiam requerer curador especial ao juiz²⁰.

As hipóteses de suspensão e extinção do pátrio poder estavam delimitadas na seção IV do Código Civil de 1916, denominada “Da Suspensão e Extinção do Pátrio Poder”. Assim, a extinção se dava pela morte dos pais ou filhos, pela emancipação, pela maioridade e pela adoção (art. 392, Código Civil de 1916). Todavia, apenas a mãe que contraísse novas núpcias perderia o direito ao pátrio poder dos filhos havidos no casamento anterior, não havendo esta restrição ao pai. A recuperação do pátrio poder, neste cenário, aconteceria apenas em caso de viuvez (art. 239, Código Civil de 1916).

Segundo o art. 394 do diploma legal em análise, a requerimento de algum parente ou do Ministério Público, o abuso de poder por parte dos pais ou a má administração dos bens dos seus filhos ensejaria a suspensão do pátrio poder, sendo esta medida analisada por magistrado que a aplicaria pelo tempo que lhe parecer conveniente. A suspensão seria medida aplicada, de igual forma, caso o pai ou a mãe fossem condenados por sentença irrecorrível, em crime cuja pena excedesse dois anos de prisão.

A perda do pátrio poder por ato judicial ocorreria em três hipóteses, segundo o artigo 395 do Código Civil de 1916. Assim, o pai ou a mãe que castigasse imoderadamente o filho, o deixasse em abandono ou praticasse atos contrários à moral e aos bons costumes, estaria sujeito a intervenção do poder judiciário para decretar-lhe a perda do pátrio poder.

1.3.2 Código de Menores de 1927

O Código de Menores de 1927 manteve o nome utilizado pelo Código Civil de 1916, nominando o referido instituto de pátrio poder. Não disciplinou os direitos dos pais sobre os filhos diretamente, mas negativamente disciplinou seus deveres, elencando os casos passíveis de perda e de suspensão do pátrio poder, em seu Capítulo V, intitulado “Da inibição do pátrio poder e da remoção da tutela”.

¹⁹ Conforme art. 385 do Código Civil de 1916: O pai, e na sua falta, a mãe são os administradores legais dos bens dos filhos que se achem sob o seu poder, salvo o disposto no art. 225.

²⁰ Conforme art. 387 do Código Civil de 1919: Sempre que no exercício do pátrio poder colidirem os interesses dos pais com os do filho, a requerimento deste ou do Ministério Público, o juiz lhe dará curador especial.

A perda do pátrio poder atingia tanto o pai, quanto a mãe e suas causas eram: condenação por crime contra a segurança da honra a honestidade das famílias, nos termos dos artigos 278 e 277 do Código Penal vigente à época; condenação a qualquer pena como coautor, cúmplice, encobridor ou receptador de crime perpetrado pelo filho, ou por crime contra este; castigar imoderadamente o filho; deixá-lo em completo abandono e praticar atos contrários à moral e aos bons costumes (art. 32, Código de Menores de 1927). De acordo com o art. 34 do código, a decretação da perda do pátrio poder era obrigatória e estendia-se a toda a prole, abrangendo todos os direitos que a lei conferia ao pai e à mãe sobre os filhos.

A suspensão do pátrio poder também restou disciplinada no artigo 34 do Código de Menores de 1927. Os motivos que ensejariam tal medida ao pai ou a mãe são: a condenação por sentença irrecorrível a pena que exceda dois anos de prisão; deixar o filho em estado habitual de vadiagem, mendicidade, libertinagem, criminalidade, ou alcoolismo; deixar a saúde do filho em perigo por maus tratos ou privação de alimentos e cuidados; empregar o filho em ocupações proibidas, que põem em risco a sua saúde, vida e moralidade e faltar habitualmente com o cumprimento dos deveres paternos, seja por abuso de autoridade, negligência, incapacidade ou impossibilidade. Diferentemente da perda, a suspensão do pátrio poder é medida facultativa e pode atingir a toda a prole ou a determinado rebento. É facultativo, ademais, que a medida alcance todos os direitos do pai ou mãe sobre os filhos e bens destes ou apenas uma parte destes direitos (art. 35, Código de Menores de 1927).

Depreende-se da leitura dos artigos acima que o Código de Menores de 1927 avança em relação ao Código Civil, sendo mais preciso e elencando maior número de situações passíveis da intervenção estatal na família. Destaca-se o artigo 32, inciso II²¹, que versa sobre encobrir ou participar de crimes com os filhos ou contra estes e o artigo 34, inciso IV²², que trata sobre empregar os filhos em ocupações proibidas ou contra a moral e os bons costumes.

O caráter patriarcal segue expresso no artigo 34, inciso V, onde retrata claramente que a suspensão ocorre devido ao descumprimento dos deveres paternos. Ainda, há inovação no art. 36 ao dar a opção ao juiz de deixar de aplicar a suspensão do pátrio poder

²¹ Art. 32, inciso II do Código de Menores de 1927: condenado a qualquer pena como co-autor, cúmplice, encobridor ou receptador de crime perpetrado pelo filho, ou por crime contra este.

²² Art. 34, inciso VI do Código de Menores de 1927: que o empregar em ocupações proibidas ou manifestamente contrárias á moral e aos bons costumes, ou que lhe ponham em risco a saude, a vida, a moralidade

desde que o pai ou a mãe comprometa-se a internar seus rebentos em estabelecimento de educação ou garantir sob fiança o bom tratamento aos filhos.

Em caso de internação dos filhos, os pais estariam reconhecendo suas falhas na educação da prole e considerando como melhor solução a entrega desta responsabilidade de criar e educar ao Estado. Quanto a garantia do bom tratamento aos filhos sob o pagamento de fiança, mostra-se o caráter exclusivo das famílias mais pobres que, em não podendo arcar com o valor da fiança, eram vistos pelo Estado como incapazes de exercer o poder familiar.

1.3.3 Código de Menores de 1979

A maior inovação desta lei foi a doutrina do menor em situação irregular, positivada em seu artigo 2. Todavia, tal doutrina limitava-se à infância pobre, sem distinção entre os abandonados pela família ou delinquentes, classificando esta parcela da juventude como menores.

A análise das funções concretas da doutrina da situação irregular remonta às vicissitudes das políticas sociais básicas no contexto latino-americano. A essência desta doutrina se resume na criação de um marco jurídico que legitime uma intervenção estatal discricionária sobre esta parte do produto residual da categoria infância, constituída pelo mundo do “menores”. A indistinção entre abandonados e delinquentes é a pedra angular deste magma jurídico. Neste sentido, a ampliação do uso da doutrina da situação irregular resulta inversamente proporcional à expansão e qualidade das políticas sociais básicas (MENDEZ; COSTA, 1994, p. 67 - 68).

Com relação ao poder familiar, o Código de Menores de 1979 mantém o nome do instituto como pátrio poder. Inova ao dar possibilidade de delegação deste pátrio poder para prevenir que o menor estivesse em situação irregular²³. Exigia para tal procedimento, antes da decisão judicial, que ocorresse um estudo social do caso, que houvesse a audiência do Ministério Público e que os delegantes e delegados fossem advertidos pessoalmente da irretratabilidade da decisão, com a devida certificação nos autos.

O capítulo II, seção II, disciplina as possibilidades de perda ou suspensão do pátrio poder e a destituição da tutela, sujeitando-as ao disposto no Código Civil vigente a época e ao disposto no Código de Menores de 1979, consoante o art. 44 desta lei. O artigo 45 arrola as situações ensejadoras das medidas citadas, que eram: dar causa à situação

²³ Art. 21 do Código de Menores de 1979: Admitir-se-á delegação do pátrio poder, desejada pelos pais ou responsável, para prevenir a ocorrência de situação irregular do menor.

irregular do menor e descumprir sem justa causa as obrigações previstas no art. 43 da referida lei. Ainda, seu parágrafo único esclarece que a perda ou suspensão do pátrio poder não exonera os pais de sua obrigação de sustentar os filhos.

Identifica-se o cunho resumido em comparação ao Código de Menores de 1927, que era minucioso nas hipóteses de perda e suspensão do poder familiar. A inovação nesta lei é a consideração de descumprimento dos deveres do pátrio poder, admitindo a forma culposa ou dolosa, como uma infração punível com multa, sendo aplicada o dobro da multa em caso de reincidência (art. 72, Código de Menores de 1979).

O código disciplina questões processuais, como a definição do procedimento ordinário previsto na lei processual civil nas hipóteses dos incisos II, III, IV, V e VI do art. 2º deste mesmo diploma legal, e os legitimados ativos da ação, sendo eles: Ministério Público, ascendente, colateral ou afim do menor até o quarto grau (art. 104, Código de Menores de 1979). Ainda, há a possibilidade de sobrestamento do processo por até seis meses em caso de comprometimento do pai, mãe ou responsável a adotar as medidas adequadas à proteção do menor e, em caso de inobservância das medidas impostas, a ação prosseguiria (art. 106, Código de Menores de 1979).

1.3.4 Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 contribuiu com mudanças significativas na área de direito das famílias e da infância e juventude. Entre elas, estabeleceu a família como base da sociedade e especialmente protegida pelo Estado (art. 226, *caput*, Constituição Federal), igualou homens e mulheres dentro da sociedade conjugal (art. 226, §5º, Constituição Federal) e extinguiu a diferença entre os filhos, proibindo qualquer tipo de discriminação, restando todos como era o status de filho legítimo (art. 227, §6º, Constituição Federal).

Na Constituição Federal foram consagrados os direitos fundamentais que alcançaram as crianças e os adolescentes, vistos serem estes titulares de direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. De forma mais específica, foi-lhes atribuído proteção especial, garantida através da absoluta prioridade (TEIXEIRA; RIBEIRO, 2017, p. 2).

Afirmam Rubens Naves e Carolina Gazoni (2010, p. 33) que a Constituição incluiu abundantes dispositivos que tratam a criança e o adolescente de forma equivalente às determinadas em tratados internacionais de direitos humanos e aos padrões

democráticos do Estado contemporâneo. Designa o dever da família, em conjunto com a sociedade e com o Estado, de garantir com absoluta prioridade os direitos dos jovens e dos infantes.

O artigo 227 da Constituição Federal lista o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, que devem ser assegurados às crianças e adolescentes. Ainda, incumbe à família, à sociedade e ao Estado o dever de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A Constituição também determina direitos e situações nas quais os infantes e jovens devem receber atenção e cuidados prioritários, considerando sua condição especial de pessoa em desenvolvimento²⁴. Por fim, a Constituição Federal foi o amparo à criação do Estatuto da Criança e do Adolescente, orientando o Brasil em um novo paradigma norteador de políticas e ações públicas no tocante à infância e adolescência. (NAVES; GAZONI, 2010, p. 33 - 35).

1.3.5 Estatuto da Criança e do Adolescente

Em consideração às significativas mudanças sofridas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, este será analisado em duas partes. A primeira, comparando o instituto do poder familiar quando da promulgação do referido diploma legal, em 1990. A segunda, explicitando como a referida lei disciplina o poder familiar atualmente, após suas modificações e adaptações.

O Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA entrou em vigor em 14 de outubro de 1990, substituindo o Código de Menores de 1979 (Lei nº 6.697) e deixando sem efeito a Lei nº 4.513, de 1964, que versava sobre a política nacional de Bem-Estar do Menor (MENDEZ; COSTA, 1994, p. 53).

O Estatuto da Criança e do Adolescente rompe com a doutrina da situação irregular, aplicando a doutrina da proteção integral. O desligamento da tradição minorista da situação irregular se dá por três fatores: os movimentos sociais, as políticas públicas e o mundo jurídico (MENDEZ; COSTA, 1994, p. 53 – 54). O tratamento repressivo e

²⁴ Constituição Federal, Art. 227, § 3º, inciso V: obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade

correcional que era dispensado devido à percepção do menor como ameaça à sociedade dá lugar à proteção integral, que o percebe como uma criança ou adolescente em especial condição de desenvolvimento.

No tocante ao instituto do poder familiar, o Estatuto mantém o nome “pátrio poder” quando da sua promulgação. A novidade significativa é o tratamento igualitário de condições do exercício do pátrio poder ao pai e a mãe. O artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece esta igualdade e, em caso de discordância entre os pais, qualquer deles poderia recorrer à autoridade judiciária competente para resolver a divergência.

Outro avanço é a desconsideração da pobreza como motivo suficiente para ensejar a perda ou suspensão do pátrio poder. Em casos de carência de recursos materiais, a criança ou adolescente era mantida na família de origem, sendo o núcleo familiar incluído em programas de auxílio (art. 23 *caput* e parágrafo único, Estatuto da Criança e do Adolescente).

Quanto às causas de perda e suspensão do pátrio poder (art. 24, Estatuto da Criança e do Adolescente), o Estatuto foi sucinto, declarando que o procedimento seria contraditório, abordando as hipóteses previstas na legislação civil como também no descumprimento injustificado dos deveres e obrigações contidas em seu artigo 22²⁵. Ainda, o artigo 49 da lei em estudo afirma que a morte dos adotantes não restabeleceria o pátrio poder dos pais naturais.

Se por um lado o Estatuto da Criança e do Adolescente foi conciso nas hipóteses de perda e suspensão do pátrio poder, por outro, foi detalhista quanto ao procedimento para estas medidas. O Estatuto se ocupou sobre o processo do artigo 155 ao artigo 163.

O artigo 155 inicia a seção II, Da perda e da suspensão do pátrio poder, tratando sobre os possuidores da legitimidade ativa da ação: o Ministério Público ou quem tenha legítimo interesse. O artigo 156 e seus incisos discorrem sobre os requisitos da petição inicial. O Estatuto abre a possibilidade para, havendo motivo grave, seja decretada suspensão do pátrio poder liminar ou incidentalmente, até o julgamento da causa. Este se daria por autoridade judiciária, ouvido o Ministério Público. A criança ou adolescente seria confiado a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade (art. 157, Estatuto da Criança e do Adolescente).

²⁵ ECA de 1990, Art. 22: Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Cabe destaque à possibilidade de a autoridade judiciária determinar a realização de estudo social ou perícia por equipe interprofissional. Ainda, caso o pedido importasse em modificação de guarda, desde que possível e razoável, a criança ou adolescente seria ouvida (art. 160, §§1º e 2º, Estatuto da Criança e do Adolescente).

Na audiência de instrução e julgamento seriam apresentados os laudos técnicos, bem como procederiam as manifestações do requerente, requerido e Ministério Público. A decisão seria proferida na mesma audiência, podendo o magistrado prorrogar sua decisão pelo prazo máximo de cinco dias (art. 162, §2º, Estatuto da Criança e do Adolescente). A sentença que decretasse a perda ou suspensão do pátrio poder poderia ser averbada à margem do registro de nascimento da criança ou adolescente (art. 163, Estatuto da Criança e do Adolescente).

Por fim, descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao pátrio poder ou decorrente de tutela ou guarda, bem como determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar, era considerado infração administrativa, passível de multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência (art. 249, Estatuto da Criança e do Adolescente).

As mudanças atualmente implementadas no Estatuto da Criança e do Adolescente em comparação à época de sua promulgação são visíveis, a começar pelo nome do instituto, que é alterado de “pátrio poder” para “poder familiar”, devido a Lei 12.010, de três de agosto de 2009.

A igualdade entre pai e mãe é mantida no artigo 21, e a falta de recursos materiais não é motivo suficiente para ensejar a perda ou a suspensão do poder familiar, conforme o artigo 23 do Estatuto. Ademais, a condenação criminal de um dos genitores não implicará a destituição do poder familiar, exceto na hipótese de condenação por crime doloso sujeito à pena de reclusão contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar ou contra os filhos (art. 23, §2º, Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme redação da Lei nº 13.715 de 2018).

O procedimento de suspensão e destituição do poder familiar segue disciplinado do artigo 155 ao artigo 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Destaca-se somente as principais mudanças. O artigo 157, §2º trata dos casos de suspensão do poder familiar liminar ou incidentalmente, cuja medida seja aplicada à pais de origem indígena, sendo obrigatória a intervenção de representantes do órgão federal responsável pela política indigenista. Consoante a citação, o artigo 158 e seus parágrafos abordam as formas de citação válida, priorizando a citação pessoal (art. 158, §1º, Estatuto da Criança e do

Adolescente), entre outras, e possibilitando a citação por edital, caso os genitores estejam em lugar incerto ou não sabido (art. 158, §4º, Estatuto da Criança e do Adolescente).

Nos casos em que a medida de suspensão ou destituição implicar em alteração de guarda, será obrigatória, se possível e razoável, a oitiva da criança ou adolescente, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida (art. 161, §2º, Estatuto da Criança e do Adolescente). Aqui, a alteração ocorreu com a inclusão de respeito ao estágio de desenvolvimento e compreensão das implicações da medida do infante ou jovem.

Cabe relevância aos artigos que tratam sobre o procedimento no feito em que o requerido está privado de sua liberdade. É ordenado sua citação pessoal (art. 158, §2º, Estatuto da Criança e do Adolescente), e que, no momento de sua citação, seja questionado se deseja que lhe seja nomeado defensor (art. 159, parágrafo único, Estatuto da Criança e do Adolescente). Por fim, a autoridade judicial requisitará a apresentação daquele que estiver privado de sua liberdade para a oitiva (art. 161, §5º, Estatuto da Criança e do Adolescente).

O artigo 162, § 4º do Estatuto institui que não há necessidade de nomeação de curador especial para a criança ou o adolescente caso o procedimento de destituição de poder familiar seja iniciado pelo Ministério Público. Por fim, o artigo 163 institui o prazo máximo para conclusão do procedimento, que será de cento e vinte dias. Cabe ao juiz, no caso de perceptível inviabilidade de manutenção do poder familiar, empreitar esforços para preparar o infante ou adolescente à colocação em família substituta. O parágrafo único do artigo citado estabelece que a sentença que decretar a perda ou a suspensão do poder familiar será averbada à margem do registro de nascimento da criança ou do adolescente.

1.3.6 Código Civil de 2002

O legislador da codificação civil inova ao nomear o instituto jurídico em estudo de “poder familiar”. O poder familiar é limitado temporalmente, ao instituir que os filhos se sujeitam a este enquanto menores (art. 1.630, Código Civil). Ainda, consolida a igualmente entre pai e mãe no exercício do poder familiar, independentemente da situação conjugal e ofertando a ambos a possibilidade de recorrer a juízo em caso de divergência (arts. 1.631 e parágrafo único, 1.634, *caput*, e 1.336, todos do Código Civil).

Quanto aos poderes-deveres do poder familiar, estes estão elencados no artigo 1.634 do Código Civil e são: dirigir a criação e educação dos filhos; exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do artigo 1.584; conceder ou negar consentimento para casarem; conceder ou negar consentimento para viajarem ao exterior; conceder ou negar consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; nomear tutor por testamento ou documento autêntico; representar ou assistir judicial e extrajudicialmente; reclamar de quem ilegalmente os detenha e exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Depreende-se, com isso, que o Código Civil de 2002 teve alterações apenas no que diz respeito a guarda. No Código Civil de 1916, era garantido ao detentor do pátrio poder ter seu filho em sua companhia e guarda, enquanto no Código de 2002, é estabelecido o exercício da guarda unilateral ou compartilhada.

As causas de extinção do poder familiar estão descritas no art. 1.635 do Código Civil, sendo: morte dos pais ou filho, emancipação, maioridade, adoção e por decisão judicial, nos termos do artigo 1.638. O artigo 1.637 aborda as medidas cabíveis para a segurança da prole, sendo a mais gravosa a suspensão do poder familiar. A medida mais severa é aplicada em caso de abuso de autoridade por parte dos pais, falta com os deveres a eles inerentes, caso arruinem os bens dos filhos ou sejam condenados por sentença irreversível a pena maior que dois anos de prisão.

Os fundamentos para a perda do poder familiar por ato judicial são: castigar imoderadamente o filho, deixá-lo em abandono, praticar atos contrários à moral e aos bons costumes, praticar reiteradamente as faltas citadas e entregar o filho a terceiros para adoção de forma irregular (art. 1.638, Código Civil). Outrossim, a Lei nº 13.715 de 2018 incluiu parágrafo único ao artigo 1.638, elencando mais possibilidades de perda do poder familiar por ato judicial, como cometer crime contra outro possuidor do mesmo poder familiar e praticar contra a prole crimes contra a dignidade sexual, homicídio, feminicídio, lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, entre outros.

Em comparação ao Código Civil de 1916, após um século, percebe-se que as hipóteses que carretam a destituição do poder familiar permanecem as mesmas: castigar imoderadamente o filho, deixá-lo em abandono ou praticar atos contrários à moral e aos bons costumes. O Código Civil de 2002 acrescenta apenas como hipóteses de destituição do poder familiar a prática reiterada das faltas citadas e a entrega do filho à terceiro para adoção de forma irregular.

1.4 Conceito atual de poder familiar

Para Sílvio Venosa (2017, p. 345 - 348), o poder familiar é um conjunto de deveres e direitos conferidos aos pais com relação aos filhos menores e não emancipados, com relação à pessoa e aos bens destes. Prefere chamar o referido instituto de “autoridade parental” pois afasta-se a ideia de poder, que não deve existir no núcleo familiar. Destaca o Projeto de Lei nº 470, de 2013, denominado Estatuto das Famílias, que segue a doutrina estrangeira e refere-se ao poder familiar como “autoridade parental”²⁶.

Carlos Gonçalves (2012, p. 412 - 413) ressalta que o instituto é o resultado de uma necessidade natural. Com a constituição da família e o nascimento dos filhos, apenas fornecer alimentação e deixa-los crescer não é suficiente. Há a necessidade de educar e direcionar a prole. Assim, o poder familiar é uma função semipública que se inicia no nascimento do filho e configura série de direitos-deveres, isto é, direitos em face de terceiros e deveres legais e morais em face do descendente.

O caráter do poder familiar é eminentemente protetivo, transcendendo o campo do direito privado e atingindo o domínio do direito público. É de interesse do Estado assegurar a proteção das novas gerações que são o futuro da sociedade. Constitui-se então como *munus* público, imposto pelo Estado aos pais, para que cuidem de seus filhos (GONÇALVES, 2012, p. 413). Observa-se nas palavras do autor certo resquício do pensamento que predominava no início do Brasil República: preparar as crianças e adolescentes para serem cidadãos brasileiros, educados e úteis ao trabalho. Conforme o discurso do Dr. Alfredo Magalhães:

Uma creança que se perde, material ou moralmente, não significa somente uma saudade para a família, uma vergonha para os paes; é, mais do que isto, uma força que se perde para a sociedade. {...} A creança é a sementeira do porvir, applicuemo-nos, com affinco, com paixão e carinho, ao trabalho meritório de formar em cada creança um homem digno de amanhã (MAGALHÃES, 1922, p. 132 - 134).

Para Rolf Madaleno (2017, p. 245), o poder familiar é a autoridade pessoal e patrimonial dos pais na condução dos prioritários interesses dos filhos. Assim, os filhos são, segundo conceitos constitucionais, pessoas que participam de forma ativa no processo de educação, de acordo com cada etapa de sua evolução, havendo interação entre estes e seus pais. O autor explica a defesa do uso dos termos “responsabilidade parental”

²⁶ Art. 89, Projeto de Lei nº 470, DE 2013: A autoridade parental deve ser exercida no melhor interesse dos filhos.

ou “cuidado parental” por exprimirem ideia de compromisso que os pais têm para com as necessidades intelectuais, emocionais e físicas dos seus filhos.

Ana Teixeira e Gustavo Ribeiro (2017, p. 226) defendem como adequada a nomenclatura “autoridade parental” por refletir uma relação com conteúdo democrático e transparecer a preponderante carga de deveres e menos poderes em relação à prole. A palavra autoridade traduz melhor as relações atuais, abordando a ideia de função e ignorando o pensamento de poder. O termo parental refere-se à relação de parentesco, origem da legitimidade que embasa a autoridade.

De acordo com Conrado da Rosa (2017, p. 338), o poder familiar é visto pela doutrina como um *munus* público, um encargo atribuído aos pais e uma função específica vigente enquanto os filhos não implementarem a maioridade civil²⁷. Tem natureza jurídica de poder-dever, que é exercido pelos pais em relação aos filhos, visando a educação e o desenvolvimento destes.

O poder familiar é menos poder e mais dever, concebido como encargo concedido a alguém por lei, em virtude de certas circunstâncias. Traduz-se por um ônus que a sociedade atribui aos genitores, em consequência da parentalidade, aspirando o interesse dos descendentes. A função social da autoridade parental consiste na efetivação da dignidade humana do infante e do jovem (ROSA, 2017, p. 338).

Quanto à nomenclatura, Conrado Rosa (2017, p. 339 - 340) afirma que “poder familiar” e “autoridade parental” não representam a melhor designação do instituto em estudo, trazendo a passibilidade de chamá-lo “função parental” ou ainda, frente ao novo tempo nas entidades familiar, adotar o termo “função familiar”. Defende uma relação democrática entre pais e filhos, de modo que o exercício da parentalidade seja construído conforme o interesse dos descendentes e não se dê de forma impositiva a partir do genitores.

Por fim, Ataíde Junior (2009, p. 38) expõe que o poder familiar é composto por um feixe de direitos e deveres atribuídos aos pais, com o fito de proteger os filhos. Refere o autor que o instituto se configura mais como um conjunto de deveres do que mera reunião de direitos sobre a prole, em razão da finalidade de garantir, no seio familiar, a criação e desenvolvimento dos infantes e adolescentes.

Verifica-se entre os autores a divergência consoante ao nome a ser adotado para o instituto – contudo, é quase uníssono o desagrado ao nome “poder familiar”. Concordam

²⁷ Art. 5º, Código Civil: A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

também ao referir maior número de deveres dos pais para com os filhos e limitada quantidade de direitos dos genitores sobre a prole. Percebe-se de forma mais nítida na doutrina recente o clamor de uma relação parental construída pela família e não ditada de forma hierárquica pelos pais, em consonância com a proteção de cada integrante do núcleo familiar (art. 226, §8º, Constituição Federal)²⁸.

A respeito da composição realizada sobre poder familiar, declara Conrado da Rosa:

Assim, na concepção contemporânea, a autoridade parental não pode ser reduzida, portanto, nem a uma pretensão juridicamente exigível, em favor de seus titulares, nem a um instrumento jurídico de sujeição (dos filhos à vontade dos pais). Há de se buscar o conceito da autoridade parental na bilateralidade do diálogo e do processo educacional, tendo como protagonista os pais e os filhos, informados pela função emancipatória da educação (ROSA, 2017, p. 350).

O poder familiar apresenta-se mais flexível, com seus objetivos voltados preferencialmente aos filhos, mas também garantindo direitos aos pais. Construído pelas necessidades da família, ora do filho que precisa de educação, ora dos genitores que precisam de obediência para educar a prole, mostra-se como um instituto mútuo, que visa garantir o exercício dos pais para perseguir os direitos dos filhos.

²⁸Art. 226, § 8º, Constituição Federal: O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

2. DAS FORMAS DE PERDA DO PODER FAMILIAR

O poder familiar, não mais sendo o poder irrestrito do pai, mas sim um conjunto de direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, recebe a intervenção estatal sempre que presente alguma irregularidade ou ameaça aos direitos da prole. A interferência do Estado é branda ou rigorosa, a depender da ameaça ou lesão ao infante e adolescente. Desta feita, as formas de perda do poder familiar são a extinção, a suspensão e a destituição do poder familiar.

2.1 Deveres do poder familiar

O exercício do poder familiar, para além de poder dos pais, incumbe uma série de encargos elencados na Constituição Federal, no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente em relação à prole. Nos casos em que o cumprimento destes deveres é negligenciado de alguma forma, estaremos diante da possibilidade de aplicação de uma das formas de perda do poder familiar.

Assevera Ataíde Junior:

Já se expôs que o poder familiar se consubstancia num feixe de direitos e deveres atribuídos aos pais, em função da proteção dos filhos. Na verdade, o que se percebe é que o poder parental se configura mais como um conjunto de deveres, do que uma reunião de direitos sobre os filhos, isto em razão da sua principal finalidade, que é garantir, na instância familiar, a criação e desenvolvimento das crianças e adolescentes (ATAÍDE JÚNIOR, 2009, p. 38).

Conforme o Código Civil de 2002, os poderes-deveres que compõem o poder familiar, disciplinados no art. 1.634 são: criação e educação, guarda, conceder ou negar consentimento para casamento, conceder ou negar consentimento para viajar ao exterior, conceder ou negar consentimento para estabelecer residência permanente em outro município, nomear tutor, representar ou assistir, conforme a idade, reclamar de quem ilegalmente os detenha e exigir obediência, respeito e os serviços que permitirem sua idade e condição. Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 22, os poderes-deveres são o sustento, a guarda e educação dos filhos e cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais no interesse dos filhos, sem destoar do que disciplina o Código Civil.

Consoante a Constituição Federal, o papel dos pais é assistir, criar e educar os filhos menores (art. 229, Constituição Federal). Porém, dentro dos postulados da Doutrina

da Proteção Integral, há instituído o princípio do atendimento compartilhado que, de acordo com artigo 227, *caput*, da Constituição, a tarefa de assegurar os direitos fundamentais às crianças e adolescentes se estende da família à sociedade e ao Estado (ATAIDE JUNIOR, 2009, p. 38).

Sobre os deveres de criação, educação e guarda, afirma Mondin (2017, p. 41):

O dever de criação figura em primeiro lugar no elenco de deveres dos genitores por consequência natural da paternidade e da maternidade; nele se incluem todos os meios materiais necessários ao desenvolvimento da criança ou adolescente, tais como os deveres de alimentação, de moradia, de preservação, da saúde, de vestuário, de acautelamento de acidentes, de convívio harmônico e respeitoso etc., de modo a propiciar aos filhos um crescimento saudável. O dever de educação entende-se como o empenho dos pais em formar emocional e cognitivamente os filhos, inculcando-lhes valores para uma vivência harmoniosa em sociedade. O dever de guarda, por seu turno, é um dos atributos mais importantes do poder familiar, pois será do lado dos genitores que os filhos estarão mais eficientemente protegidos dos males físicos ou morais que venham afetar-lhes.

Os deveres de criação e educação são elencados no artigo 229 da Constituição Federal de 1988, bem como nos artigos 4, 19, 53 e 55 do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90. Ainda, o Código Civil de 2002 em seu artigo 1.634, I, disciplina que ambos os pais, independentemente da situação conjugal, exercem plenamente o poder familiar e são responsáveis pela criação e educação dos filhos.

Cabe a ressalva de que embora os termos possam parecer ter significado semelhante, seus conteúdos são diferentes. O dever de criação é o dever dos pais manter a saúde física dos filhos proporcionando os meios adequados para tal, como moradia, alimentação e vestuário. O dever de educação refere-se ao dever dos pais de promover intelectualmente e moralmente seus filhos, seja por meio de educação formal, seja pela educação informal (REIS, 2005, p. 67 – 68).

Para Conrado (2017, p. 342), a criação e educação consiste em estabelecer um ambiente amistoso, propiciador da autonomia dos filhos para que estes, após cessar as obrigações referentes ao instituto em estudo, possam ser adultos bem desenvolvidos. Destaca, entre outras, a Portaria nº 1.100, de 2006, em que o Ministério da Justiça dispôs critérios objetivos para a classificação indicativa das programações de televisão, filmes de cinema e jogos, restando a cargo dos pais decidir o que entendem adequado ao estágio cognitivo daqueles que estão sob sua responsabilidade.

Os pais devem prover os filhos de meios materiais, conforme seus recursos e posição social, preparando-os para a vida adulta, com respeito aos seus direitos

fundamentais. Todavia, a lei não delimita o modo que se dará a criação, tampouco na forma de execução dos encargos parentais, como forma de respeito à intimidade (REIS, 2005, p. 68).

O dever de educação é abrangente e recai não somente sobre os pais, mas também sobre a sociedade e o Estado, como preceitua o art. 227 da Constituição Federal de 1988. O dever de criação mostra-se como uma continuidade ao ato de dar existência a um filho, sendo função dos pais e inerente ao poder familiar (REIS, 2005, p. 69).

O descumprimento dos deveres de criação e educação dos filhos caracteriza crime disciplinado nos artigos 244 e 246 do Código Penal, como abandono material e intelectual de menores. Ademais, conforme o artigo 1.638, II, do Código Civil, abandonar seus rebentos é causa de perda do poder familiar por ato judicial.

O dever de guarda e companhia dos filhos está disciplinado no art. 1.634, II, do Código Civil, bem como no art. 22 do Estatuto da Criança e do adolescente. Este decorre tanto do dever de assistir a prole: estar presente, acompanhar, testemunhar o que faz; quanto do dever de criação e educação, pois somente pode criar e educar os filhos quem os tem na sua companhia (REIS, 2005, p. 71).

A guarda, embora componente do poder familiar, não compete somente a quem o detenha, visto que pode ser conferida a terceiros, de forma a ser oponível inclusive aos pais, como consta no art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente. O dever de companhia é típico do poder familiar, não sendo limitado apenas a morar com o filho, mas alastrando-se a uma relação de proximidade em que haja comunhão de vida e interesses, troca de experiências, sentimentos e mútuo aprendizado (REIS, 2005, p. 73).

Sobre este tema, declara Rolf Madaleno:

É dever dos pais ter os filhos sob a sua companhia e guarda, pois eles dependem da presença, vigília, proteção e contínua orientação dos genitores, porque exsurge dessa diuturna convivência a natural troca de experiências, sentimentos, informações e, sobretudo, a partilha de afeto, não sendo apenas suficiente a presença física dos pais, mas essencial que bem desempenhem suas funções parentais, logrando proporcionar aos filhos sua proteção e integral formação, sempre com mira nos melhores interesses da criança e do adolescente, elegendo consecutivamente aquilo que resultar mais conveniente para a prole (MADALENO, 2017, p. 249 – 250).

A faculdade de conceder ou negar consentimento ao filho para que se case está disposta no artigo 1.634, inciso III, do Código Civil. A idade núbil foi fixada pelo legislador em dezesseis anos, sendo exigido, para tanto, o consentimento de ambos os pais ou de seus representantes legais (art. 1.517 do Código Civil). Outrossim, em caso de

injusta negativa dos genitores, o consentimento pode ser suprido judicialmente, nos termos do artigo 1.519 do Código Civil e artigo 148, parágrafo único, letra c, do Estatuto da Criança e do adolescente.

A justificativa para a interferência dos pais decorre das significativas reverberações e mudanças que decorreriam na vida do adolescente devido ao casamento. Considerando se este teria capacidade de assumir os encargos da vida matrimonial, a concessão ou não para contrair núpcias deve ter por motivação o superior interesse do filho (REIS, 2005, p. 78). Ainda, Carlos Gonçalves (2012, p. 420) assevera que a permissão para o casamento decorre do pressuposto de que os pais são os maiores interessados pelos seus filhos. Para ter validade, o consentimento deve ser específico, para casamento com pessoa determinada, não sendo suficiente a manifestação em termos gerais.

Quanto ao consentimento para viajar ao exterior e para estabelecer residência permanente em outro município, Ana Teixeira e Gustavo Ribeiro (2017, p. 234) comemoram, afirmando que tais determinações são preventivos de atos de alienação parental. Por causar danos na integridade psíquica da criança e do adolescente, a alienação parental é repudiada pela comunidade jurídica.

A nomeação de tutor se encontra no artigo 1.634, inciso VI, do Código Civil. A nomeação ocorre por meio de testamento ou documento autêntico pode ser acatada caso o outro dos pais não lhe sobreviver ou, sobrevivo, não puder exercer o poder familiar. A nomeação é feita pelo pai ou pela mãe que exerça o poder familiar, produzindo efeitos apenas se o outro genitor for falecido ou estiver impedido de exercer o poder familiar (REIS, 2005, p. 80).

A representação e assistência são deveres disciplinados no art. 1.634, inciso VII, do Código Civil. Limitam-se conforme a idade da criança e do adolescente. Até os dezesseis anos incompletos, a criança e o adolescente estão sujeitos a representação e, dos dezesseis anos até os dezoito anos incompletos, o adolescente está sujeito a assistência, conforme artigo 3º e 4º, I, do Código Civil.

Devido à incapacidade absoluta, até os dezesseis anos incompletos, a lei delega aos pais o dever de manifestar a vontade do filho. Caso a incapacidade seja relativa, dos dezesseis até os dezoito anos incompletos, os pais devem assistir o adolescente nas suas manifestações de vontade. Esta exigência legal tem o fulcro de impedir que a criança ou adolescente pratique atos que prejudiquem a si ou a terceiros. Assim, a representação e assistência, visando o benefício e o melhor interesse do filho, se ocupa de seus bens,

direitos, interesses e deveres, seja de ordem pessoal, patrimonial, judicial ou extrajudicial (REIS, 2005, p. 82).

Para Rolf Madaleno (2017, p. 250 – 251), a representação e a assistência decorrem da inexperiência pessoal dos filhos que, ainda imaturos, precisam da intervenção dos pais para validarem o ato. A finalidade é de que a prole não sofra prejuízos pela ação de terceiros. Destaca os atos que, em razão da absoluta pessoalidade, não requerem a assistência dos pais: testar quando maior de dezesseis anos (art. 1.860, parágrafo único, Código Civil), votar a partir de dezesseis anos (art. 14, §1º, c, Constituição Federal), servir como testemunha a partir de dezesseis anos (art. 447, §1º, inciso III, Código de Processo Civil) e requerer nomeação de curador à lide caso os interesses próprios e dos pais colidirem (art. 1.692, Código Civil; art. 72, inciso I, Código de Processo Civil).

O poder-dever de reclamar de quem ilegalmente detenha os seus filhos encontra-se disciplinado no artigo 1.634, inciso VIII, do Código Civil. Tendo em vista o dever de ter a prole em sua companhia e guarda, o detentor do poder familiar poderá reclamar de quem ilegalmente a detenha, isto é, contra a sua vontade e sem justa causa (REIS, 2005, p. 82).

Para Ana Teixeira e Gustavo Ribeiro (2017, p. 234), a atribuição de reclamar os filhos de quem ilegalmente os detenha pode ser exercida contra qualquer pessoa, mesmo sendo o outro genitor ou familiar, desde que este não tenha autorização judicial para estar com a criança ou adolescente. A medida é tradicionalmente perseguida pela Ação de Busca de Apreensão.

O poder de exigir obediência, respeito e os serviços que permitirem a idade e condição da prole está elencado no artigo 1.634, inciso IX, do Código Civil. O dever de obediência dos filhos aos pais refere-se à submissão a ordens lícitas, de caráter educativo ou protetivo, que versam sobre o comportamento doméstico e a formação dos filhos sendo inclusive devido a obediência sobre proibição de frequentar determinados lugares e o cumprimento de castigos e corretivos moderados, sempre objetivando o melhor interesse dos filhos (REIS, 2005, p. 85).

2.2 Extinção do poder familiar

A extinção do poder familiar ocorre nas hipóteses elencadas no art. 1.635, incisos I ao IV do Código Civil. Opera-se a extinção por: morte dos pais ou filhos, emancipação, maioridade e adoção. A adoção tratada neste artigo como causa de extinção do poder

familiar é a consensual; com o consentimento dos pais em processo de jurisdição voluntária onde o juiz não precisa decretar a perda do poder familiar para perfectibilizar a adoção. A regra é serem os fatos extintivos independentes do Poder Judiciário (ATAIDE JUNIOR, 2009, p. 44).

A morte dos pais faz desaparecer os titulares do poder familiar. Caso um deles permaneça com vida, concentra-se os direitos e deveres nas suas mãos. A morte do filho, emancipação e implemento da maioridade civil fazem desaparecer a razão do instituto, que é a proteção da criança e do adolescente. É presumido pela lei que os maiores de dezoito anos e os emancipados não precisam da proteção conferida aos incapazes (GONÇALVES, 2012, p. 427).

A emancipação é atribuir ao filho plena capacidade de direito. O implemento da maioridade civil é a forma normal de extinção do poder familiar. Quanto a adoção, defende Sílvio Venosa (2017, p. 364 – 365) que esta transfere o poder familiar e não o extingue, pois ao indivíduo que adota a criança ou adolescente cabe o exercício do poder familiar.

2.3 Suspensão do poder familiar

Segundo Ataíde Junior (2009, p. 45), a suspensão do poder familiar configura-se como uma sanção pelo abuso ou negligência dos pais no exercício dos seus deveres para com os filhos. Entretanto, é penalidade menos gravosa que a destituição do poder familiar, na medida em que tem caráter temporário, com a possibilidade de ser parcial, atingindo apenas parcela da família. É aplicada em casos de menor gravidade ou como medida incidental nas ações de destituição do poder familiar. Outra diferença significativa identificada decorre de que a extinção do poder familiar é decretada judicialmente, em processo próprio para tal, enquanto a suspensão pode ocorrer automaticamente no caso do reconhecimento das hipóteses previstas em lei.

Para Sílvio Venosa (2017, p. 365), a suspensão do poder familiar é decretada pela autoridade judicial após constatação de conduta grave. Quanto ao pedido de suspensão, este pode ser formulado por algum familiar, Ministério Público ou por ofício. O critério quanto ao tempo de suspensão e demais medidas convenientes cabe ao juiz.

Fabírcia Mondin (2017, p. 43 – 44) afirma que a suspensão do poder familiar foi disciplinada no artigo 1.637 do Código Civil de 2002 repetindo o artigo 394 do Código Civil de 1916. Acrescenta-se às hipóteses genéricas citadas no art. 1.637 do Código Civil,

a terceira hipótese prevista pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que é descumprir injustificadamente os deveres do poder familiar²⁹.

A suspensão ocorre também em relação aos pais condenados por crimes cuja condenação exceda dois anos de prisão, conforme parágrafo único do art. 1.637 do Código Civil³⁰. A suspensão pode ser ocasionada por crimes apenados com reprimendas inferiores, a depender da gravidade com relação ao filho e a análise ocorre no caso concreto (VENOSA, 2017, p. 365 – 366).

Entretanto, Rolf Madaleno (2017, p. 259 – 260) afirma que a Lei 12.962 de 8 de abril de 2014 estabeleceu, no § 2º do artigo 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente que a condenação criminal dos genitores não implica em destituição do poder familiar, exceto se a condenação for de crime doloso sujeito a pena de reclusão, de crime praticado contra a própria prole. Ainda, a mesma lei inclui no § 4º, artigo 19 do Estatuto da Criança e do adolescente a garantia de convivência entre filhos e pais que estejam privados de liberdade por meio de visitas periódicas.

Logo, revela-se a preocupação do legislador em manter a relação dos pais privados de liberdade, desde que não condenados a crime contra seus rebentos. O afastamento obrigatório dos filhos e a suspensão ou destituição do poder familiar do pais privados de liberdade seria como uma dupla punição, desviando-se do propósito central da destituição do poder familiar, que é garantir o melhor interesse da criança e do adolescente.

Com a suspensão do poder familiar, o genitor perde os direitos em relação ao filho, incluindo o usufruto legal. Em caso de grave motivação, a suspensão pode ser decretada liminarmente pela autoridade judicial, como medida que se aproxima a uma antecipação de tutela. Neste caso, a guarda provisória é deferida à terceiro³¹(VENOSA, 2017, p. 367).

Conforme Conrado Rosa (2017, p. 351), a falta ou carência de recursos materiais não é motivo suficiente para que seja decretada a suspensão ou destituição do poder familiar. Ainda, a suspensão do poder familiar não impede os genitores de visitarem os filhos, tampouco os exime de prestar alimentos.

²⁹ Art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente: Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

³⁰ Art. 1.637, Parágrafo único, Código Civil: Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

³¹ Art. 157 do Estatuto da Criança e do Adolescente: Havendo motivo grave, poderá a autoridade judiciária, ouvido o Ministério Público, decretar a suspensão do poder familiar, liminar ou incidentalmente, até o julgamento definitivo da causa, ficando a criança ou adolescente confiado a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade.

As famílias com insuficiência de recursos materiais devem ser assistidas pelos programas sociais. A pobreza não é motivo suficiente para a decretação da suspensão ou destituição do poder familiar. Caso o núcleo familiar seja hipossuficiente, mas protetivo e demonstre cuidado com seus filhos, é dever do Estado assisti-lo para que possa desempenhar suas funções de parentalidade.

2.4 Destituição do poder familiar

Ataide Junior (2009, p. 44) define a destituição do poder familiar como sanção pela violação dos deveres jurídicos estabelecidos aos pais e se opera somente por ato judicial, em procedimento contencioso, assegurado o contraditório e a ampla defesa, nas hipóteses previstas pelo art. 1.638 do Código Civil, aliado ao art. 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para Fabrícia Mondin (2017, p. 42), no entanto, a medida não é sancionatória, porém voltada para a colocação do infante ou adolescente em família substituta. Sílvia Venosa (2017, p. 368) acompanha este pensamento, defendendo que a destituição do poder familiar é menos um ato punitivo aos pais e mais um ato em favor dos filhos, por afastá-los pra presença nociva dos genitores.

Em vista destas afirmações, conclui-se que a decretação da destituição do poder familiar não pode ser utilizada como punição aos genitores que não desempenham satisfatoriamente as funções parentais. A razão deste procedimento é proteger o melhor interesse da criança e do adolescente, visando fazer cumprir-se os seus direitos, seja por meio da família extensa, seja por meio de família substituta.

A destituição, também chamada de perda do poder familiar, poderá atingir apenas um dos pais ou ambos e abranger toda a prole ou apenas um dos filhos, quando o ilícito não prejudicar os outros filhos (MONDIN, 2017, p. 43). Ainda, o poder familiar pode ser retomado caso comprovado judicialmente que as razões que determinaram a destituição cessaram (VENOSA, 2017, p. 368).

Portanto, a retomada do poder familiar é aceita pela doutrina, desde que haja a comprovação de que a motivação para a destituição do poder familiar tenha sido afastada. Caso a criança ou adolescente esteja em família substituta, a multiparentalidade permite que se mantenha os laços afetivos formados com a nova família e se retome o afeto pela família biológica.

Ademais, a doutrina concebe a distinção entre deixar o filho em abandono e faltar no cuidado deste. Deixar o filho em abandono é passível de destituição do poder familiar, como disposto no art. 1638, inciso II, do Código Civil, enquanto que a falta de cuidado da prole não pode ter como resposta a decretação da perda do poder familiar, por isto seria como uma premiação ao genitor que deixou de cumprir com sua obrigação (ROSA, 2017, p. 353).

A destituição do poder familiar atinge direitos elementares da pessoa humana, como o direito da personalidade (tendo em vista a possibilidade de alteração do nome da criança quando adotada), o direito de constituição de prole e de origem, o direito dos pais de criar e ter a companhia de seus filhos e o direito dos filhos de serem criados e educados em sua família natural. Assim, a medida deveria ser utilizada apenas como último recurso (MONDIN, 2017, p. 45).

Por fim, Ana Teixeira e Gustavo Ribeiro (2017, p. 237) determinam que a destituição do poder familiar deve ser imposta quando as atitudes dos genitores coloquem a segurança e a dignidade da prole em risco. Assim, a destituição do poder familiar deve, justificadamente, atender ao melhor interesse da criança e do adolescente.

2.5 Do procedimento

O Estatuto da Criança e do Adolescente adotou sistemática própria para os procedimentos de suspensão e de destituição do poder familiar, regulando-os do artigo 155 ao artigo 163. Assim, coloca-se no sistema jurídico brasileiro como um microssistema especializado, tendo o Código de Processo Civil aplicação subsidiária (MONDIN, 2017, p. 51 – 52).

Ataide Junior (2009, p. 66) assevera que a adoção de sistemática própria pelo Estatuto da Criança e do Adolescente visa a simplificação necessária à tramitação dos procedimentos, objetivando um processo efetivo que garanta a proteção integral à prole submetida ao poder familiar. A ação de suspensão ou perda do poder familiar pretende, primeiramente, ser prestação jurisdicional que proteja a criança e o adolescente em risco.

O Ministério Público ou quem possua legítimo interesse são os legitimados para iniciar o procedimento de suspensão ou destituição do poder familiar conforme o artigo 155 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ainda, o procedimento deve garantir ao réu o princípio do contraditório e da ampla defesa (VENOSA, 2017, p. 368).

A respeito do legitimado a ingressar com ação de suspensão ou destituição do poder familiar por legítimo interesse, Ataíde Junior (2009, p. 74 - 75) explica que este deve apresentar-se tendo, o seu interesse próprio, estreita relação com o bem-estar do infante ou jovem vítimas da conduta inapropriada dos pais. Desta forma, um vizinho que toma consciência dos maus tratos realizados pelos pais, embora indignado com a situação, não tem interesse legítimo para ingressar com a ação visto que não possui o interesse pessoal de um adotante, por exemplo. Quanto à legitimação passiva, esta cabe ao pai e a mãe, independentemente da origem ou natureza da filiação.

A competência para julgar as ações de suspensão e destituição do poder são do Juizado da Infância e da Juventude. Como determinado no artigo 141, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, os procedimentos de competência da Justiça da Infância e da Adolescência são isentos de custas e emolumentos, salvo litigância de má fé.

Quanto ao tempo do procedimento, é possível concluir que o Estatuto da Criança e do adolescente preza pela celeridade processual. O artigo 162 trata sobre a designação de audiência de instrução e julgamento, onde o § 3º ordena que o juiz profira a sentença nesta mesma audiência ou, excepcionalmente, designe data para a sua leitura, estipulando o prazo máximo para tanto em cinco dias.

O maior indicador da preocupação com a celeridade processual do Estatuto da Criança e do Adolescente, referente às ações de suspensão e destituição do poder familiar encontra-se no artigo 163³², que designa o prazo máximo de cento e vinte dias para a conclusão do procedimento. Ainda, estabelece o dever do juiz de preparar a criança e o adolescente à colocação em família substituta, nos casos de notória inviabilidade de manutenção do poder familiar.

2.6 Da morosidade do processo

Os procedimentos relacionados a crianças e adolescentes tem prioridade absoluta, segundo o comando contido no art. 227³³ da Constituição Federal. Assim, o artigo 152,

³² Art. 163, Estatuto da Criança e do Adolescente: O prazo máximo para conclusão do procedimento será de 120 (cento e vinte) dias, e caberá ao juiz, no caso de notória inviabilidade de manutenção do poder familiar, dirigir esforços para preparar a criança ou o adolescente com vistas à colocação em família substituta.

³³ Art. 227, Constituição Federal: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e

parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente, o artigo 1.048, inciso II, do Código de Processo Civil e o art. 2º, § 2º, do Provimento de nº 36/2014, do Conselho Nacional de Justiça, confirmam o comando constitucional, estabelecendo a tramitação absolutamente prioritária aos procedimentos previstos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, sob pena de responsabilidade.

Quanto ao procedimento de perda e suspensão do poder familiar, o artigo 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece o prazo máximo de 120 dias para sua conclusão (COPATTI; FRANCESCHI, p. 112). Visando a celeridade processual, o artigo 101, § 10º da lei nº 13.509/2017, disciplina que a ação do Ministério Público seja rápida, ao fixar o prazo de quinze dias para o ingresso do procedimento de destituição do poder familiar, ressalvados os casos em que entender necessárias outras providências³⁴.

O objetivo do artigo 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente é evitar que o procedimento seja perpétuo, merecendo ainda maior atenção nos casos em que a acriança e o adolescente estiverem inseridas em acolhimento institucional. Com a constatação da inviabilidade de manutenção na família natural, urge a definição de sua situação jurídica de forma célere, possibilitando sua colocação para a adoção, sem que isto impossibilite eventual guarda ou tutela. Mas, se constatada a reversão do motivo que originou o pedido de destituição do poder familiar, este deve ser julgado improcedente (DIGIÁCOMO; DIGIÁCOMO, 2017, p. 293).

Todavia, apesar dos dispositivos legais citados, ordenando expressamente a celeridade na tramitação dos procedimentos relacionados à infância e juventude e, especialmente referente ao processo de destituição do poder familiar, não é o que observamos na prática. Pesquisa realizada em 2015 demonstra que o tempo médio até a sentença nos processos de medida protetiva e destituição do poder familiar, na região Sul do país, leva em média 1.539 dias, ou seja, mais de quatro anos de tramitação (NUNES, 2015, p. 24 – 25). A mesma pesquisa ainda expõe que o tempo de citação dos requeridos nestes procedimentos leva em média 338 dias (NUNES, 2015, p. 25 – 26). Ou seja, enquanto a lei prevê como prazo processual o máximo de 120 dias, que equivalem a quatro meses, na prática, o tempo de trâmite processual é o equivalente a mais de cinquenta e um meses. Isso significa que, em média, os processos de destituição do poder

comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

³⁴ Art. 101, § 10, Lei nº 13.509/2017: Recebido o relatório, o Ministério Público terá o prazo de 15 (quinze) dias para o ingresso com a ação de destituição do poder familiar, salvo se entender necessária a realização de estudos complementares ou de outras providências indispensáveis ao ajuizamento da demanda.

familiar levam quarenta e sete meses a mais do que determina o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Importante destacar que o tempo na infância e adolescência é muito mais significativo, sendo a fase de desenvolvimento do ser humano. O desenvolvimento infantil é parte essencial da vida, visto que no período de pré-natal e nos anos iniciais, a arquitetura cerebral é montada a partir da interação entre a genética herdada e o meio em que a criança vive (SOUZA, VERÍSSIMO, 2015, p. 1098).

Assim, cada mês que a criança permanece em acolhimento institucional ou com sua situação indefinida, quer seja sem ser destituída de pais não protetivos, quer seja nas inúmeras tentativas de entrega-la à família extensa, pode acarretar em perdas irreparáveis, visto que somente uma família pode proporcionar o afeto e os estímulos adequados ao infante, independentemente da qualidade do abrigo. Tanto é assim que o legislador disciplina o tempo máximo de acolhimento em 18 meses.

A infância possui importante papel no desenvolvimento humano. Trata-se de um período fundamental para o desenvolvimento da linguagem e de habilidades cognitivas e psicossociais. Isso interfere diretamente no aprendizado dos papéis sociais. De acordo com Maria Veríssimo e Tatiane Souza, “o alcance do potencial de cada criança depende do cuidado responsivo às suas necessidades de desenvolvimento” (2015, p. 1101).

Sendo a infância um período decisivo no processo de desenvolvimento, prolongar o tempo de tramitação dos processos de destituição familiar, mormente não cumprindo o prazo estabelecido pelo legislador, é uma afronta aos direitos de quem recebe especial proteção do Estado. A agilidade processual nos procedimentos nos juizados da infância e juventude não visam o melhor interesse da família que, uma vez ineficiente no exercício do poder familiar pode vir a se reestruturar, mas sim o melhor interesse do infante e do adolescente, que necessita de soluções ágeis e satisfatórias, visto estarem em fase crucial de desenvolvimento.

O respeito às especificidades da criança é, assim, requisito para seu desenvolvimento. E nisso estão englobadas a criação de um ambiente saudável e a atenção cotidiana a suas necessidades (SOUZA, VERÍSSIMO, 2015, p. 1098).

Para modificar a situação fática da morosidade processual constatada, as opiniões dos profissionais das Varas de Infância e Juventude do país a respeito dos principais motivos ensejadores da demora no processo dividiram-se em: tempo de citação, trabalho da equipe multiprofissional e outros, que justificado, referia-se ao trabalho da Defensoria Pública. A respeito do trabalho da equipe multiprofissional, este se justificaria pela falta

de profissionais, grande demanda e trabalho minucioso a ser realizado. Quanto à Defensoria Pública, esta seria responsável por interpor muitos recursos, dificultando a celeridade processual (NUNES, 2015, p. 50 - 52).

Assim, os entraves do processo de adoção se devem em grande parte a sua burocracia. Além dos sucessivos recursos interpostos pela Defensoria Pública, a busca dos genitores quando a criança ainda não é destituída, entre outros fatores, fazem da adoção um processo mais demorado do que deveria ser.

Desta feita, o procedimento que deveria ser ágil para retirar a criança ou o adolescente de situação que atente contra seus direitos e possibilitar sua colocação em família substituta, acaba sendo moroso. Mostra-se assim, outra forma de desrespeito aos direitos do infante e do jovem, visto que contraria a norma constitucional do art. 227 e dos outros diplomas legais explicitados.

Esta lentidão no processo é ainda mais prejudicial às crianças e adolescentes que se encontram em acolhimentos institucionais. Quando apenas acolhidos, esperam a reorganização da família biológica que possibilite sua reintegração, o que nem sempre ocorre satisfatoriamente e sem que antes haja longos períodos institucionalizados. Quando suspensos do poder familiar e sem receber visitas da família biológica, restam aguardando até que sua situação seja definida sem, até lá, contar com a colocação em família substituta. Ambos são chamados filhos do abrigo, crianças e jovens institucionalizados há mais tempo que a lei permite³⁵; alguns permanecendo abrigados até a implementação da maioridade civil e o forçoso desligamento institucional (NUNES, 2015, p. 56).

Quanto aos adolescentes que completam dezoito anos e são forçadamente desligados do acolhimento institucional, esta é uma situação delicada que merece especial atenção. Os jovens que conviveram em abrigos até implementarem a maioridade civil, muitas vezes destituídos do poder familiar após anos de tramitação do processo, dificilmente terão condições de sozinhos proverem moradia, alimentação e todo o necessário para sua existência digna, sem o apoio daqueles que antes eram o suporte do jovem: os integrantes da instituição de acolhimento.

³⁵ Art. 19, § 2º, Estatuto da Criança e do Adolescente: A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 18 (dezoito meses), salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária.

Importante salientar que durante a pesquisa “Tempo dos processos relacionados à adoção no Brasil: uma análise sobre os impactos da atuação do poder judiciário”³⁶, foram destacadas algumas formas encontradas pelas Varas de Infância e Juventude para dar celeridade aos processos. Tais iniciativas tem o objetivo de reduzir o tempo de tramitação processual e priorizar os interesses das crianças.

Em Santa Catarina, em determinados casos, a citação pessoal é tentada apenas uma vez; se infrutífera, é realizada a citação por edital. Em Belo Horizonte, as mães em situação de risco são informadas sobre seus direitos e deveres. Muitas mães não entregam seus filhos à adoção por acharem ser crime. Assim, psicólogas e assistentes sociais orientam as gestantes durante o período gestacional (quando realizam pré-natal) e logo após o parto. Apesar desta prática não ser bem vista por todos, muitos bebês saem da maternidade direto à família adotante. Por fim, em São Paulo, na Vara da Infância e Juventude de Santo Amaro, juiz e promotor trabalham juntos pela implantação do processo eletrônico, reduzindo prazos para a citação e enviando menor número de ofícios (NUNES, 2015, p. 60).

Assim, a morosidade no processo de destituição do poder familiar mostra-se prejudicial à criança e ao adolescente que, por perceberem o decurso do tempo de forma diferenciada, devido as fases de seu desenvolvimento serem mais expressivas nestas etapas da vida, têm a urgente necessidade de alguém que exerça o poder familiar de forma a garantir seus direitos e desenvolvimentos. Dar celeridade ao processo de destituição, mormente fazendo com que cumpra o prazo estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente de 120 para a sua conclusão é dever de todos os envolvidos no processo, efetivando o princípio de prioridade absoluta e fazendo cumprir o melhor interesse da criança e do adolescente.

³⁶ NUNES, Marcelo Guedes (coord.). *Tempo dos processos relacionados à adoção no Brasil: uma análise sobre os impactos da atuação do poder judiciário*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

3. A DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR COMO REQUISITO À ADOÇÃO: NOVOS DESAFIOS

A destituição do poder familiar, como demonstrado, acontece por ato judicial, em situações específicas e processo rigorosamente disciplinado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. O passo seguinte a destituição seria a disponibilidade para adoção, pela qual a criança ou o adolescente que teve seus pais destituídos poderá usufruir de conviver em família novamente ou pela primeira vez.

Portanto, seja qual for a forma, a perda do poder familiar é pressuposto lógico para proceder a adoção. Há inclusive a extinção do poder familiar pela adoção (art. 1.635, inciso IV, Código Civil)³⁷, quando os pais concordam com a adoção e o procedimento é de jurisdição voluntária.

Entretanto, surgem novas realidades na sociedade capazes de questionar a eficácia de tal rigidez legislativa. O que deve ser analisado é como manter a segurança jurídica, garantindo um procedimento válido e célere e, ao mesmo tempo, se adequar as novas necessidades que surgem com as constantes modificações nas famílias que atingem diretamente os que deveriam ser alvo de proteção e cuidado: as crianças e os adolescentes.

3.1 Casas de acolhimento institucional cheias, cadastro de adotantes cheio. Por que os aptos a adoção são poucos?

O número de crianças e jovens abrigados em todo o País é 47.291, segundo o Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas. No estado do Rio Grande do Sul, o total de crianças e adolescentes abrigados chega a 4.807, ficando atrás apenas de Minas Gerais, com 5.132 acolhidos e São Paulo, com 13.510 institucionalizados.³⁸

Se o número de crianças que vivem em casas de acolhimento causa espanto, maior surpresa é a constatação de que apenas 1.492 crianças e adolescentes do Estado do Rio Grande do Sul constam no Cadastro Nacional de Adoção. Isso quer dizer que, das 4.807 crianças institucionalizadas, 3.315 não tem perspectiva nenhuma de adoção, pois sequer

³⁷ Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar: IV - pela adoção;

³⁸ Conforme dados disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça, no site <http://www.cnj.jus.br/cnca/publico/>, acesso em 07/11/2018.

constam no CNA. A essas 3.315 crianças restam as tentativas, por muitas vezes infrutíferas, de reinserção na família biológica.³⁹

Outrossim, o número de pretendentes à adoção no Estado do Rio Grande do Sul é 6.317⁴⁰, isto é, ultrapassa o número de crianças e adolescentes dispostos no Cadastro Nacional de Adoção e além, ultrapassa o número total de abrigados em todo o estado. Mas se há homens e mulheres que desejam e estão aptos a exercer a parentalidade, e há infantes e adolescentes que desejam uma família, por que as instituições seguem cheias de jovens e crianças?

Anelize Caminha (Entrevista semiestruturada, 2018) acredita que o principal empecilho à adoção é a morosidade do Poder Judiciário por ter medo de tomar a decisão errada no caso concreto, e a dificuldade de localizar as partes envolvidas, principalmente nos casos de adoção em que a família deixou a criança em abandono. Cláudia Giongo (Entrevista semiestruturada, 2018), aponta a priorização do retorno da criança e adolescente para sua família de origem, extensa ou rede de pertencimento, sendo a adoção a última medida a ser tomada. Destaca ainda o perfil de criança exigido pelos adotante, o histórico de devolução dos adotados aos abrigos e a insuficiência de equipe técnica para trabalhar nos casos que envolvem crianças e adolescentes.

Estudos mostram que a idade da criança e do adolescente está diretamente ligada as suas chances de serem adotados. Mas além disso, é o principal descompasso entre os pretendentes a adotar e os disponíveis para adoção. A maioria dos adotantes preferem crianças de 0 a 5 anos de idade. Pesquisa publicada em 2013 pelo Conselho Nacional de Justiça demonstra que na região Sul mais de 20% dos adotantes buscavam crianças menores de 1 ano, enquanto somente 0,6% dos aptos a adoção se enquadravam nesta faixa etária (Conselho Nacional de Justiça, 2013, p. 30).

Em síntese, a partir da análise dos dados disponíveis no Cadastro Nacional de Adoção (CNA), foi possível identificar que a idade da criança e/ou do adolescente apto à adoção é o principal motivo de desencontro entre as preferências do pretendente e as características das crianças e dos adolescentes que aguardam por uma adoção no Brasil. Nove em cada dez pretendentes desejam adotar uma criança de 0 a 5 anos, enquanto essa faixa etária corresponde a apenas 9 em cada 100 das crianças aptas à adoção.

³⁹ Idem.

⁴⁰ Conforme dados disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça no site <http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>, acesso em 07/11/2018.

(...)Outras variáveis como raça e sexo não foram tão significativas quanto à idade máxima definida pelo pretendente para os desencontros identificados entre pretendentes e crianças ou adolescentes à espera de adoção (Conselho Nacional de Justiça, 2013, p. 39).

Neste sentido, Vinicius Mauat (Entrevista semiestruturada, 2018) ressalta que as informações do Cadastro nacional de Adoção mostram a superação do número de pretendentes habilitados à adoção em relação ao número de crianças disponíveis. Questões raciais e de gênero não são tão importantes no perfil pretendido; a principal discrepância se refere a idade dos aptos à adoção. Os pretendentes buscam crianças mais novas e o perfil disponível apresenta crianças de idade mais avançada e adolescentes. Ressalta, por fim, que esta dificuldade se faz presente em quase todos os sistemas de adoção da América do Sul, em maior ou menor intensidade, e inclusive no sistema de adoções aberta americano.

A maioria dos adotantes procura crianças da mais tenra idade para adotar e, o tempo de ingresso e de tramitação do processo de destituição do poder familiar influencia nas chances que aquela criança ou adolescente terá de ser adotada. Fato é que a lentidão nos processos de destituição do poder familiar prejudica àqueles que, inviabilizados de permanecerem ou retornarem a família biológica, não são incluídos no Cadastro Nacional de Adoção em virtude de a destituição não estar perfectibilizada.

Situação sobremodo gravosa é das crianças acolhidas em instituições que, suspensas do poder familiar, não recebem visitas dos pais biológicos, tampouco podem ingressar em família substituta. Sobre este tema, afirma Deborah Dallemole:

Até que se decida que, de fato, os pais não possuem condições de exercer o poder familiar, o tempo decorrido já causou prejuízos imensuráveis à criança. O tempo médio para o ingresso da ADPF, aliado ao tempo processual necessário para o adequado trâmite da ação, sem que sejam violados os direitos dos pais, traz dois grandes impactos à criança acolhida: (i) a percepção de tempo na infância e na juventude se dá de forma mais acelerada, de forma que a medida protetiva de acolhimento não pode se manter por tempo suficiente para se tornar a realidade da criança acolhida, tendo em vista a influência que isto teria em seu desenvolvimento psicossocial; e (ii) a idade da criança é questão de fundamental influência para serem medidas suas chances de adoção, visto que há uma preferência dos adotantes por crianças mais novas (DALLEMOLE, 2018, P. 93).

Para formular como esta realidade pode ser mudada, é preciso compreendê-la. Identificar a idade de disponibilização das crianças no Cadastro Nacional de Adoção e os efeitos que os processos judiciais relacionados a destituição do poder familiar exercem

sobre essa idade, englobando os procedimentos de adoção, acolhimento institucional e guarda.

Marcelo Nunes (2015, p. 5 - 6) identifica que o principal problema no tocante à idade preferível para adoção tem duas facetas. A primeira ocupa-se das crianças e adolescentes que entram no sistema de adoção mais próximos ou em meio a adolescência. Neste caso, não há relação direta com o tempo de processo, considerando que no momento de ingresso no sistema de adoção, as probabilidades de encontrar família substituta eram mínimas.

A segunda relaciona-se às crianças em que são identificadas fragilidades e desrespeitos aos seus direitos por parte da família biológica, antes desta completar cinco anos. Porém, pelos entraves processuais, a criança não é inscrita no Cadastro Nacional de Adoção. Nessa situação, o tempo dos tramites processuais são fundamentais, dado que o lapso entre a destituição do poder familiar e a colocação desta criança no CNA será determinante para a chance de colocação em família substituta. Quando o processo é lento, postergando a colocação do infante à adoção, este pode ultrapassar a barreira de idade e, assim, ver suas chances de ser adotado reduzirem a valores insignificantes.

Os desembargadores da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul firmaram solução inédita para dirimir o tempo de espera que o infante do caso em apreço precisaria aguardar institucionalizado até que se providenciasse a destituição do poder familiar e sua adoção. Decidiram, em unanimidade, dar provimento ao recurso que requeria a inserção do infante no rol de crianças aptas à adoção, antes mesmo da decisão final do processo de destituição do poder familiar cumulada com colocação em família substituta. O recurso foi interposto pelo Ministério Público após o magistrado *a quo* atender ao pedido de suspensão do poder familiar, colocando o infante em instituição de acolhimento sem, contudo, autorizar a sua colocação no Cadastro Nacional de Adoção⁴¹ (Agravo De Instrumento Nº 70076485424, Oitava Câmara Cível, acórdão de 17 de maio de 2018, Relator: Des. José Antônio Daltoé Cezar, p. 1).

⁴¹ “O CNA é em um banco de dados unificado nacionalmente que contém as informações necessárias à realização de adoções no Brasil. O cadastro tem por objetivo facilitar e dar maior agilidade aos processos de adoção por meio do mapeamento de informações unificadas, visto que uniformiza todos os bancos de dados existentes; racionaliza os procedimentos de habilitação; amplia as possibilidades de consulta aos pretendentes brasileiros cadastrados; possibilita o controle adequado pelas respectivas corregedorias-gerais de Justiça; e orienta o planejamento e a formulação de políticas públicas voltadas para a população de crianças e adolescentes que aguardam pela possibilidade de convivência familiar.” (Conselho Nacional de Justiça, 2013, p. 7).

A decisão colegiada é inovadora ao colocar o infante no Cadastro Nacional de Adoção antes de findar o processo de destituição familiar. Todavia, os magistrados registram cautela; cada caso deve ser estudado em particular e este tipo de resolução não pode se tornar regra a todos os processos (Agravado De Instrumento Nº 70076485424, Oitava Câmara Cível, de 17 de maio de 2018, Relator: Des. José Antônio Daltoé Cezar, p. 28).

O conjunto de situações peculiares será observado para se entender o contexto do processo. O pai e a mãe do infante são usuários habituais de substâncias entorpecentes e têm por sua moradia a rua. Acordaram, antes mesmo do nascimento da criança, a entregá-la a um casal de “conhecidos”. A mãe não realizou nenhum acompanhamento pré-natal, ingressando em unidade de saúde apenas no momento do parto. O infante nasceu com sífilis e pé torto congênito bilateral, necessitando de cuidados especiais. Registra-se que a genitora tinha outros três filhos, porém nenhum sob sua guarda, restando um com a avó materna, um com uma madrinha e outro em acolhimento institucional. O genitor tem outros filhos adultos e não quis responsabilizar-se por este (Agravado De Instrumento Nº 70076485424, Oitava Câmara Cível, acórdão de 17 de maio de 2018, Relator: DES. José Antônio Daltoé Cezar, p. 3 - 10).

Ora, três fatos saltam à atenção sobre os genitores do caso em apreço: o claro desinteresse em criar o filho manifesto pelo casal, mormente por terem combinado antes ao nascimento que o entregariam a um casal de padrinhos, o uso contínuo de substâncias entorpecentes e o fato de serem moradores de rua. Cabe destacar que a falta de condições financeiras não é suficiente para decretar a perda do poder familiar, devendo a família ser referenciada pelos centros de assistência. Todavia, aqui destaca-se a clara motivação dos pais de não ter o infante incluído na vida do casal.

A tempo do julgamento, havia notícia de que o infante do processo em apreço estava inserido em família substituta e havia realizado o procedimento cirúrgico de que necessitava, devido a sua deficiência. Tais avanços e cuidados na vida desta criança foram proporcionados graças a liminar deferida no recurso em apreço (Agravado De Instrumento Nº 70076485424, Oitava Câmara Cível, acórdão de 17 de maio de 2018, Relator: DES. José Antônio Daltoé Cezar, p. 39).

Desta feita, o desfecho deste caso foi a adoção do infante, que se deu forma célere enquanto ainda corria o procedimento de destituição do poder familiar. Esta criança foi adotada, reduzindo o tempo de acolhimento institucional e iniciando desde cedo os cuidados especiais que necessitava, devido a sífilis e a deficiência física.

A respeito da excepcionalidade da medida, assevera José Daltoé, Desembargador Relator do caso:

Importante salientar também, que casos como o presente, não deverão virar regra, eis que a colocação em família substituta só se justificará antes da destituição do poder familiar, quando existirem elementos suficientes para que se conclua que o retorno à família de origem, em prazo razoável, seja muito improvável (Agravado De Instrumento Nº 70076485424, Oitava Câmara Cível, acórdão de 17 de maio de 2018, Relator: DES. José Antônio Daltoé Cezar, p. 28).

Outra solução para este impasse foi dada pela Lei nº 13.509, de 2017, que incluiu o § 10º no artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente. A redação de tal parágrafo disciplina que todo recém-nascido e criança em acolhimento que não for procurada por sua família por trinta dias, será cadastrada para adoção.

Uma questão que deve ser considerada está além do alcance do poder judiciário, mas acaba por desaguar neste. A vulnerabilidade social de uma parcela da população carente é causa primária do problema. Muitas crianças e adolescentes envolvidas no sistema de adoção tem origem em famílias em situação de vulnerabilidade, desprovidas de apoio socioeducacional do Estado. Nestas famílias, os pais também são vítimas da falta de estrutura estatal (NUNES, 2015, p. 6).

Em comunidades carentes, onde não há escolas acessíveis, creches e espaços de convivência, as crianças e adolescentes acabam expostos a situações de risco e abandono, que nem sempre é ocasionada devido a uma omissão voluntária dos genitores. Outrossim, a falta de estrutura de apoio e tratamento para pais dependentes de álcool, *crack* e outras drogas, acaba submetendo o núcleo familiar inteiro a uma situação de abandono, pobreza e desestrutura social, incluindo, penosamente, as crianças e adolescentes (NUNES, 2015, p. 6).

Assevera Marcelo Nunes (2015, p. 6) que a suspensão do poder familiar e a disponibilização de crianças para o sistema de adoção no contexto retratado se torna parte do subproduto da própria deficiência estatal a essas famílias vulneráveis. Da mesma forma como em outras situações em que o os Poderes Executivo e o Legislativo não exercem suas funções satisfatoriamente, as demandas sociais mais agudas têm seu desfecho no Poder Judiciário, que empreende esforços para dar efetividade aos direitos e garantias sociais previstas na legislação de forma abstrata.

Certamente que a solução definitiva para este problema social é muito mais complexa do que dar maior celeridade à destituição do poder familiar e à adoção, todavia, estamos diante da infância e da adolescência, que urgem por soluções rápidas e

satisfatórias. A percepção no tempo para a criança se dá de forma diferente do que ocorre com os adultos. O período da infância é crucial no desenvolvimento humano, visto ser o momento da formação arquitetônica do seu cérebro. Os cuidados que a criança receber ou não nesta fase a influenciará por toda a vida (SOUZA; VERÍSSIMO, 2015, p. 1098). Frente a urgência e agilidade que exige a infância e a juventude e as inúmeras repercussões que os acontecimentos nesta fase têm sobre a vida humana, fazer com que a criança ou adolescente espere que seus pais abandonem os vícios, se reorganizem e estejam capazes de exercer o poder familiar é uma afronta aos seus direitos fundamentais.

3.2 Direito à convivência familiar é sinônimo de família biológica?

O Estatuto da Criança e do Adolescente privilegia a manutenção dos vínculos biológicos. Estabelece, em seu artigo 19, que é direito da criança e do adolescente ser criado e educado em sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária. Ainda o artigo 19, em seu § 3º, determina que a manutenção ou reintegração da criança e adolescente à sua família tem preferência em relação a qualquer outra providência.

O artigo 28, § 3º do referido diploma legal, assegura que na colocação em família substituta será observado o grau de parentesco. Ademais, o art. 39, parágrafo explicita que a adoção é medida excepcional e irrevogável, a qual se recorre apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural⁴² ou extensa⁴³. O artigo 100, a seu turno, sustenta que a aplicação das medidas deve levar em conta as necessidades pedagógicas, sendo preferidas as que objetivem o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Dessa forma podemos concluir que o Estatuto da Criança e do Adolescente prioriza que infantes e jovens permaneçam em suas famílias naturais. Porém, quando observado o alto número de crianças e adolescentes acolhidos e não disponíveis à adoção, ou seja, a espera da reestruturação de suas famílias, o benefício de tal prioridade mostra-se questionável.

⁴² Art. 25, Estatuto da Criança e do Adolescente: Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

⁴³ Art. 25, parágrafo único, estatuto da Criança e do Adolescente: Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

Em nome do princípio da convivência familiar, reafirmado em tantos artigos como demonstrado, crianças e adolescentes crescem e desenvolvem-se dentro de abrigos, longe da almejada convivência em família. A celeridade nas ações de destituição do poder familiar e adoção pode facilitar que filhos encontrem pais, por meio de vínculo afetivo. Neste sentido, em continuidade a observação ao acórdão proferido no Agravo de Instrumento de nº 70076485424, o desembargador José Daltoé defende a flexibilização legislativa no tocante a prioridade da família biológica por acreditar que os vínculos humanos são mais socioafetivos que biológicos (Agravo De Instrumento Nº 0076485424, Oitava Câmara Cível, acórdão de 17 de maio de 2018, Relator: DES. José Antônio Daltoé Cezar, p. 12).

Em oposição ao pensamento do desembargador José Daltoé, afirma Jussyara Galvão (2017, p. 27):

Assim, estando a criança/adolescente em situação de risco que importe a retirada desta do convívio familiar, como tratado no capítulo anterior, é previsto que deva se dar prioridade na solução deste problema. Todavia, questiona-se: dar celeridade à destituição é solucionar o risco da condição familiar? Assim, discute-se que a escolha do legislador em fixar um prazo para o fim da ação, não, necessariamente, corresponde ao melhor interesse da criança, além do mais, estaria em contradição com a prioridade da convivência familiar.

O pensamento da autora é discutível. Dar celeridade à destituição não é solucionar o risco da situação familiar; é dar a criança destituída uma nova família que, espera-se, funcional, diferentemente da que perdera o poder familiar. Ademais, o melhor interesse da criança não se perfectibiliza apenas ao lado da mãe biológica; se assim fosse, o sistema de adoção deveria ser abolido. Por fim, afirmar que fixar prazo para o fim da ação de destituição do poder familiar estaria em contradição com a prioridade da convivência familiar é, no mínimo, controverso.

A convivência familiar é assegurada pelo artigo 227 da Constituição Federal e reiterada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Não obstante, a convivência familiar não é um direito ceifado do infante posto em família substituta, pelo contrário, a família substituta é um meio de garantir o direito a convivência familiar. Priva-se do direito a convivência familiar aquela criança ou adolescente institucionalizado que, por vezes, não recebe visitas dos pais.

Paulo Lôbo em “Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*” (2002, p. 47), defende que a Constituição Federal de 1988 alastrou sua proteção às famílias de diferentes formações, não restringindo-se apenas aos exemplos

contidos na Carta Magna. Ainda, afirma não haver hierarquia entre os tipos de formação familiares, recebendo igual proteção do Estado.

Os requisitos para se identificar uma família, conforme Paulo Lôbo (2002, p. 42) são: *affectio familiae*, que é a manifesta vontade de estar em família; ostensibilidade, que é interpretada como sustentar a aparência de família perante terceiros e durabilidade do vínculo. Priorizar a família biológica sob o pretexto do direito a convivência familiar é discriminatório para com as famílias adotivas, formadas pelo afeto. Os direitos dos filhos adotados são os mesmos dos filhos biológicos, inclusive sucessórios⁴⁴. Se presentes os requisitos citados, há uma família, independentemente de ser esta natural ou substituta. E se há uma família, portanto, há também a convivência familiar.

Se todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem, é porque a Constituição afastou qualquer interesse ou valor que não seja o da comunhão de amor ou do interesse afetivo como fundamento da relação entre pai e filho. *A fortiori*, se não há qualquer espécie de distinção entre filhos biológicos e filhos adotivos, é porque a Constituição os concebe como filhos do amor, do afeto construído no dia a dia, seja os que a natureza deu seja os que foram livremente escolhidos (LÔBO, 2002, p. 48).

Nesta senda, afirma Sergio Luiz Kreuz (2011, p. 66 - 67) que o direito constitucional da criança e do adolescente à convivência familiar não se restringe à família biológica. Tal princípio constitucional não se limitou a garantir o direito da criança de ser criada e educada na família biológica, embora esta ocupe lugar de preferência.

O Supremo Tribunal Federal, julgando o recurso extraordinário nº 898.060, de Santa Catarina, tendo por relator o Ministro Luiz Fux, onde discutia-se sobre o reconhecimento concomitante de parentalidade biológica e afetiva, declara que há o reconhecimento de vínculo parental mesmo sem a efetiva adoção nos termos legais, reconhecendo que aquele filho está incluso na família e, por tanto, pode-se concluir que goza da convivência familiar. Assim fez constar a decisão:

A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e consequentemente o vínculo parental, em favor daquele utilizasse o nome da família (*nominatio*), fosse tratado como filho pelo

⁴⁴ Art. 227, § 6º, Constituição Federal: Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

pai (*tractatio*) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (*reputatio*).⁴⁵

Em dissonância ao pensamento de que o legislador privilegia a família biológica, Paulo Lôbo (2005, p. 3), ao analisar a Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça⁴⁶, julgando-a como um retrocesso, explicita que a Constituição Federal optou por conceito inclusivo e aberto de paternidade. Alega não haver preceito constitucional que confunda genitor (segundo o autor, fornecedor do material biológico) e pai (o que exerce as funções de parentalidade), ou que estabeleça a primazia da paternidade biológica. Conclui não ser relevante a origem ou existência de genitor, caso exista um pai que cumpra as funções parentais e que o direito à convivência familiar, e não a origem genética, constitui prioridade absoluta da criança e do adolescente.

Retornando ao estudo do julgamento do Agravo de Instrumento nº 70076485424, o Desembargador relator adota clara posição em defesa de que o direito à convivência familiar é satisfeito junto a família substituta, quando a família biológica não suprir tal necessidade. Assegura o direito que toda criança possui de ser criada em sua família, preferencialmente biológica, mas não sendo possível, a família substituta mostra-se como opção. No caso em tela, entende que prolongar o período de institucionalização do infante geraria prejuízos a este que deve ser alvo de proteção (Agravo De Instrumento Nº 0076485424, Oitava Câmara Cível, acórdão de 17 de maio de 2018, Relator: DES. José Antônio Daltoé Cezar, p. 26).

Em concordância, o Desembargador Ricardo Pastl declara que o infante tem o direito de ser amado como filho. Como o elo biológico não foi funcional, não deve ser preservado, e a formação de um novo vínculo pelo afeto deve ser construído para quem tem o direito de ser amado (Agravo De Instrumento Nº 0076485424, Oitava Câmara Cível, acórdão de 17 de maio de 2018, Relator: DES. José Antônio Daltoé Cezar, p. 40).

Convém destacar o encerramento do voto do Desembargador José Daltoé, ao afirmar que permitir que a história se repita pela quarta vez (referindo-se aos três outros filhos da genitora que não estão sob sua guarda), tendo o final previsível, somente para atender o que disciplina a lei que deve ser analisada como destinatária a criança, e não a família biológica, não atende ao esculpido no artigo 227 da Constituição federal, que a

⁴⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso extraordinário nº 898.060. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>. Acesso em 20 de novembro de 2018.

⁴⁶ Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade. Conforme SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Súmula nº 301 (julgado em 18/10/2014). Revista Súmulas. STJ, 2011 p. 425.

coloca como prioridade absoluta. Por fim, baseado no comando constitucional do 227, o qual determina que todas as pessoas têm direito à convivência familiar, independente desta ser biológica ou afetiva, mas sendo família, votou por dar provimento ao agravo e colocar o infante à adoção (Agravo De Instrumento Nº 0076485424, Oitava Câmara Cível, acórdão de 17 de maio de 2018, Relator: DES. José Antônio Daltoé Cezar, p. 28).

Assim sendo, constata-se na família substituta, teoricamente, a concretização do direito à convivência familiar, quando o vínculo com a família natural se mostrar disfuncional e não protetivo. A família substituta ocupa o espaço e cumpre o dever de família, acolhendo o adotado como filho e convivendo com este. Sendo uma família completa, sem inferioridades frente a família biológica, a necessidade da convivência familiar pode ser suprida.

3.3 O Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente como norteador do processo de destituição do poder familiar e do encaminhamento à adoção

O Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente está disciplinado no artigo 227, *caput*, da Constituição Federal de 1988, e nos artigos 4º, *caput*, e 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente. O artigo 4º, parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente exemplifica quais as políticas públicas que podem ser efetivadas, com vistas a proporcionar a garantia contida na Constituição Federal de absoluta prioridade dos infantes e jovens, enquanto o artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente classifica-os como pessoas em desenvolvimento, que têm o seu melhor interesse garantido de forma absolutamente prioritária (SOBRAL, 2010, sem página).

Seguindo a análise da decisão no Agravo de Instrumento nº 70076485424, o Desembargador José Daltoé, ao proferir seu voto, afirmou que o juízo originário não atendeu ao pedido de colocação do infante no rol dos aptos a adoção no Cadastro Nacional de adoção por entender que deveriam ser esgotadas as possibilidade de inserção no núcleo familiar, reafirmando o que é assentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Todavia, por considerar que os genitores não reuniam mínimas condições de exercer o poder familiar, o Desembargador afirma que a colocação em família substituta é o que atende ao melhor interesse da criança (Agravo De Instrumento Nº 0076485424, Oitava Câmara Cível, acórdão de 17 de maio de 2018, Relator: Des. José Antônio Daltoé Cezar, p. 8 - 9).

O magistrado *a quo* aduz que não se pode dar irresponsavelmente uma criança à adoção sem que haja decisão a respeito do processo de destituição familiar, alegando que a criança tem o direito de viver no seio de sua família e que são necessárias mais políticas públicas para atender núcleo familiar como o apresentado. Ainda, manifesta-se no sentido de buscar na família extensa do infante alguém que possa exercer a tutela deste e, apenas na impossibilidade dos familiares, recorrer à adoção. Contrariando este raciocínio, o Desembargador José Daltoé afirma que priorizar a família natural é como dizer que o melhor interesse da criança se perfectibilizaria ao estar ao lado da mãe biológica (Agravo De Instrumento Nº 0076485424, Oitava Câmara Cível, acórdão de 17 de maio de 2018, Relator: DES. José Antônio Daltoé Cezar, p. 11).

A ordem de prioridade de interesses foi invertida. Anteriormente, em caso de conflito a respeito da posse do estado de filho entre a filiação biológica e a filiação socioafetiva, imperavam os interesses dos pais biológicos, porque havia primazia pela hegemonia da consanguinidade. Atualmente, prima-se pelo melhor interesse da criança e do adolescente, favorecendo sua realização pessoal, independentemente da relação biológica que tenham com seus pais (SOBRAL, 2010, sem página).

A manutenção da criança e do adolescente na sua família biológica ou a integração em família substituta deve ser pautada pelo seu melhor interesse. O interesse a ser priorizado, portanto, é do infante e do jovem, mesmo que este vá de encontro ao interesse de seus pais biológicos e demais familiares. A família afetiva tem encontrado prevalência sobre a família biológica por se voltar ao melhor interesse da criança e do adolescente (KREUZ, 2011, p. 64 - 65). Neste sentido, afirmam Ana Teixeira e Gustavo Ribeiro: “Deve-se impor a perda do poder familiar por razões que justifiquem o melhor interesse do filho, pois as atitudes de seus pais colocam em risco sua segurança e dignidade” (TEIXEIRA; RIBEIRO, 2017, p. 237).

Ademais, cabe destacar que a destituição do poder familiar e a colocação da criança ou adolescente em família substituta não extingue a família biológica para sempre da vida destes. Sílvia Venosa chama atenção ao Projeto de Lei nº 470, de 2013, denominado Estatuto das Famílias, que em seu artigo 98⁴⁷ possibilita o reestabelecimento da autoridade parental por meio de decisão judicial, se este ato contemplar o melhor interesse da criança e do adolescente.

⁴⁷ Art. 98 do Projeto de Lei do Senado Federal nº 470, de 2013, denominado Estatuto das Famílias: No melhor interesse do filho, é possível o restabelecimento da autoridade parental por decisão judicial.

Neste caso, há o impasse: como a família substituta e a família biológica poderá exercer o poder familiar? Haverá de se fazer outra ruptura, desta vez com a família substituta e devolver a criança e o adolescente à família biológica? A solução parece existir na multiparentalidade.

A multiparentalidade é um fato social evidenciado em decorrência das significativas alterações no instituto da família. É a posse do estado de filho e a existência, em principal enfoque pelo filho, da existência da filiação psicossocial. A multiparentalidade traz o reconhecimento e garantias de proteção pelo Estado, mostrando-se como solução para a pacificação familiar. (TEIXEIRA, RIBEIRO, 2017, p 313 – 342).

Assim, situações como a narrada seriam contempladas; uma vez determinada a destituição do poder familiar e a colocação do infante ou jovem em família substituta, este ganharia nova família. Ao depois, comprovado judicialmente que os motivos que ensejaram a destituição do poder familiar cessaram, os elos biológicos poderiam unir-se novamente, juntamente com o elo socioafetivo formado com a família substituta, operando-se a multiparentalidade, sempre tendo em vista o melhor interesse da criança e do adolescente.

4. CONCLUSÃO

O poder familiar sofreu modificações na medida em que se alteravam a forma de construir as famílias e a visão sobre cada um de seus membros. Com a tutela estatal sobre diferentes composições familiares, a igualdade entre homem e mulher na sociedade conjugal e a igualdade entre os filhos, a titularidade do poder familiar estendeu-se do pai à mãe, e o exercício deste, outrora voltado apenas à satisfação dos anseios paternos, torna-se principal forma de proteção da criança e do adolescente no seio familiar.

A destituição do poder familiar, por sua vez, surge da necessidade do Estado de proteger seus cidadãos dos menores que, pelo exercício insatisfatório do poder familiar pelo seu genitor, ou até mesmo pela negativa de paternidade, tornam-se potenciais marginais e criminosos. Nesta senda, a intervenção estatal visa tão somente tutelar seus cidadãos adultos, considerando que as crianças e adolescentes não eram vistos como sujeitos de direitos, e formar destes menores homens e mulheres aptas ao trabalho, úteis a sociedade.

Com o advento da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, jovens e infantes são reconhecidos como sujeitos de direito na condição especial de pessoas em desenvolvimento, com prioridade no atendimento às suas necessidades. Assim, o poder familiar é considerado um meio pelo qual os pais tutelam e fazem cumprir os direitos da prole. A destituição deste deve, portanto, ocorrer somente quando tutelar o melhor interesse da criança e do adolescente.

Quanto ao procedimento, este foi rigidamente disciplinado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. O prazo estabelecido pelo legislador para a finalização é de cento e vinte dias. No juizado da Infância e Juventude tem prioridade total de tramitação e devem obedecer ao comando do legislador pela celeridade processual, considerando que a percepção do tempo na infância e adolescência é muito significativo, sendo as fases da vida onde desenvolve-se a estrutura cerebral e a personalidade humana.

Identifica-se que, apesar do comando do legislador no Estatuto da Criança e do Adolescente por maior agilidade processual da destituição do poder familiar, o procedimento pode levar mais de doze vezes o tempo determinado, em virtude dos esforços para que o infante e o jovem permaneça na família natural. Esta reintegração na família natural ou extensa a todo custo tem um preço, que acaba por ser pago por quem deveria ser tutelado neste procedimento: a prole fica acolhida institucionalmente, privada da convivência familiar, que poderia ser suprida pela família substituta.

As casas de acolhimento institucional estão cheias de crianças e adolescentes e o número de adultos habilitados à adoção ultrapassa o número de abrigados⁴⁸. Os motivos de serem poucos os infantes e jovens aptos a adoção são principalmente: a inexistência de procedimentos de destituição familiar ou a morosidade destes que se prolongam em tentativas de reintegração à família biológica. Os que esperam pela definição de sua situação de filiação ou os que não tem perspectiva de destituição do poder familiar sofrem com perda de chance de serem adotados conforme o transcorrer do tempo, considerando que maioria dos habilitados a adoção preferem crianças com até cinco anos de idade.

Frisa-se que a decisão do acórdão do Agravo de Instrumento nº 70076485424, da Oitava Câmara Cível mostra-se como alternativa ao procedimento moroso, mas que exige cautela e estudo do caso específico para a aplicação de sua solução. A colocação do infante recém-nascido no Cadastro Nacional de Adoção eleva ao máximo suas chances de ser adotado e de usufruir do direito à convivência familiar, ainda que no seio de família substituta.

A destituição do poder familiar não serve como punição aos genitores que se eximem dos seus deveres, tampouco é punição para famílias com hipossuficiência material; estas devem ser amparadas por programas de assistência social e auxiliadas no exercício da parentalidade. Outrossim, a destituição é medida que se aplica somente no melhor interesse da criança e do adolescente, para que tenham seus direitos tutelados e possam ter pleno desenvolvimento em meio à família.

Importante ressaltar que caso os motivos que ensejaram a destituição do poder familiar tenham cessado e o forem judicialmente comprovados, os pais biológicos podem recorrer à multiparentalidade como solução viável que os inclua novamente na vida dos filhos, sem desfazer a relação construída com a família substituta. O que não pode ser admitido é, em nome da convivência familiar, insistir tantas vezes na reintegração da criança ou adolescente à família biológica que não se organiza ou ainda, obstinar-se a integrar a criança na família extensa, que por muitas vezes é uma avó, idosa, que já se encarrega no cuidado de outras crianças dos mesmos genitores irresponsáveis.

A celeridade no processo de destituição do poder familiar e adoção não é a solução definitiva de problemas sociais maiores, como o vício em drogas, mas é a alternativa atual

⁴⁸ Conforme as informações disponíveis nos sítios especializados do Conselho Nacional de Justiça. Ver CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, **Cadastro Nacional de Adoção**, <http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>, e **Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas**, <http://www.cnj.jus.br/cnca/publico/>, acessos em 03 de dezembro de 2018.

para que a criança e o adolescente possam supostamente crescer em ambiente saudável, que proporcionem seu pleno desenvolvimento e prezem por seus direitos. A destituição do poder familiar, enquanto procedimento, deve ser repensada. A adoção tem sido revista pelo Poder Judiciário, cabe agora reformar o seu pressuposto mais problemático, a saber, a destituição do poder familiar.

5. BIBLIOGRAFIA

ALVAREZ, Marcos César. **A emergência do código de menores de 1927: uma análise do discurso jurídico e institucional da assistência e proteção aos menores**. Dissertação (Mestrado em Sociologia). Universidade de São Paulo, São Paulo, 1989.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do Poder Familiar**. Curitiba: Juruá. 2009.

ARAÚJO JUNIOR, Marco Antônio; BARROSO, Darlan; FULLER, Paulo Henrique Aranda (coord.). **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**.

_____. **Decreto nº 17943-A, de 12 de outubro de 1927**.

_____. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**.

_____. **Lei nº 4.513, de 1º de dezembro de 1964**.

_____. **Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979**.

_____. **Constituição Federal, 1988**.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**.

_____. **Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009**.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**.

_____. **Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017**.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei PL 5443/2016**. Ementa: Acrescenta dispositivo à Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que "Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências". Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2086233>. Acessado em 20 de novembro de 2018.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 470 de 2013**. Ementa: Dispõe sobre o Estatuto das Famílias e dá outras providências. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115242>. Acesso em 20 de novembro de 2018.

CAMINHA, Anelize Pantaleão Puccini. A Perda Do Poder Familiar No Direito Brasileiro: Uma Análise Sistemática Da Legislação Vigente. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, nº 33. Porto Alegre, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Encontros e desencontros da adoção no Brasil: uma análise do Cadastro Nacional de Adoção do Conselho Nacional de Justiça**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2013.

_____. **Cadastro Nacional de Adoção.** Disponível em <http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>. Acesso em 20 de novembro de 2018.

_____. **Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas.** Disponível em <http://www.cnj.jus.br/cnca/publico/>. Acesso em 20 de novembro de 2018.

_____. **Provimento nº 36/2014**, de 05 de maio de 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2408>. Acessado em 20 de novembro de 2018.

COPATTI, Livia Copelli; FRANCESCHI, Simone. O tempo dos processos de adoção: análise de alguns fatores determinantes. **Revista Juris Poiesis**, vol.21, nº 25. Rio de Janeiro, 2018.

DALLEMOLE, Deborah Soares. **A efetividade da doutrina de proteção integral nos procedimentos de acolhimento institucional de crianças e adolescentes em Porto Alegre/RS.** Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIGIÁCOMO, Ildéara de Amorim; DIGIÁCOMO, Murillo José. **Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado e Interpretado.** Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2017.

CASTRO, Mary Garcia; ABRAMONAY, Miriam. Por um novo paradigma do fazer políticas – políticas de/para/com juventudes. **Revista Brasileira de Estudos de População**, v.19, n.2, jul./dez. 2002.

CIARALLO, Cynthia Rejanne Correa, ALMEIDA, Ângela Maria de Oliveira. Conflito entre práticas e leis: a adolescência no processo judicial. **Fractal: Revista de Psicologia**, v. 21 – n. 3. Rio de Janeiro, 2009.

COIMBRA, C. M. B.; NASCIMENTO, M. L. Ser jovem, ser pobre é ser perigoso? **Jovenes: Revista de Estudios sobre Juventud.** ano 9, 22. México, 2005.

COSTA, Carlos Gomes da; MENDEZ, Emílio Garcia. **Das Necessidades Aos Direitos.** São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

CRUZ, Maria Luiza Souto Vasconcelos; SILVA, Leandro Luciano. **Da situação irregular à proteção integral: a tutela constitucional da criança e do adolescente.** In: ANAIS - I Congresso Norte Mineiro de Direito Constitucional. Montes Claros, 2015. Disponível em <http://minascongressos.com.br/direitoconstitucional/x3.pdf>, acesso em 20 de novembro de 2018.

FRANÇA, **Loi nº 70-459 relative à l'autorité parentale**, 4 de junho de 1970.

GALVÃO, Jussara Joyce da Costa. **A celeridade processual na ação de destituição do poder familiar: uma afronta à reinserção familiar como direito da criança e do adolescente.** Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família** (vol 6). São Paulo: Saraiva, 2012.

INGLATERRA, **Children Act, parte I, seção 3**. Inglaterra, 16 de novembro de 1989.

KREUZ, Sérgio Luiz. **Da convivência familiar da criança e do adolescente na perspectiva do acolhimento institucional: princípios constitucionais, direitos fundamentais e alternativas**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, 2002.

_____. **Do poder familiar**. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8371/do-poder-familiar>. Acesso em 20 de novembro de 2018.

_____. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 do STJ. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, 2006.

MADALENO, Rolf. **Manuel de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MAGALHÃES, F. A. Discurso. In: **Atas do Congresso de proteção à infância**. Sexto Boletim do Primeiro Congresso Brasileiro de Proteção à Infância (1921-1922). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1922.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, **Portaria MJ nº 1.100/2006**. 14 de julho de 2006.

MONDIN, Fabrícia Alcantara. **A construção da decisão judicial nas ações de Destituição do Poder Familiar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

NAVES, Rubens; GAZONI, Carolina. **Direito ao futuro: desafios para a efetivação dos direitos das crianças e dos adolescentes**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo.

NORONHA, Carlos Silveira. Da instituição do Poder Familiar, em perspectiva histórica, moderna e pós-moderna. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, nº 26. Porto Alegre: 2006.

NUNES, Marcelo Guedes (coord.). **Tempo dos processos relacionados à adoção no Brasil: uma análise sobre os impactos da atuação do poder judiciário**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Família e dignidade humana: anais do V congresso brasileiro de direito de família**. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

REIS, Clarice Moraes. **O poder familiar na nova realidade jurídico-social**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. (coord.) **Manual de direito das famílias e das sucessões**. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

RIZZINI, Irene. **O Século Perdido: raízes históricas das políticas públicas para infância no Brasil**. São Paulo: Cortez, 2008.

ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de Direito de Família Contemporâneo**. Bahia: JusPODIVM, 2017.

SOBRAL, Mariana Andrade Princípios constitucionais e as relações jurídicas familiares. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, 2010. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8400. Acesso em 20 de novembro de 2018.

SOUZA, Juliana Martins de Souza; VERÍSSIMO, Maria de La Ó Ramallo. Desenvolvimento infantil: análise de um novo conceito. **Revista Latino-Americana de Enfermagem**. São Paulo, 2015. Disponível em www.eerp.usp.br/rlae, acesso em 20 de novembro de 2018.

SOUZA, Tatiane F. **O Pensamento Social do Primeiro Juiz de Menores do Rio de Janeiro José Cândido de Albuquerque Mello Mattos e a Criação das Instituições Assistenciais do Distrito Federal**. Editora da Universidade do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, **Agravo De Instrumento Nº 0076485424**, Oitava Câmara Cível, acórdão de 17 de maio de 2018, Relator: Des. José Antônio Daltoé Cezar.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Súmula nº 301 (julgado em 18/10/2014). **Revista Súmulas**. STJ, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso extraordinário nº 898.060. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>. Acesso em 20 de novembro de 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Família**. São Paulo: Atlas, 2017.

6. ANEXO - Transcrição de entrevistas

Entrevista 1: Anelize Pantaleão Puccini Caminha

Data: 03/12/2018.

1. Há, no Brasil, pessoas interessadas e habilitadas a adotar. Em sua visão, qual o principal empecilho à concretização das adoções de crianças e adolescentes?

Acredito que o principal problema é a morosidade do poder judiciário, o medo de tomar a decisão errada no caso concreto, e a dificuldade de localizar as partes envolvidas. Nos processos que eu acompanhei ao longo da minha vida profissional encontrei muita dificuldade em localizar as partes envolvidas, principalmente nos casos de adoção em que a família já deixou a criança em abandono.

2. Qual a importância do tempo do procedimento de destituição do poder familiar para que crianças e adolescentes sejam adotados?

O procedimento de destituição do poder familiar é importante para que se constate a situação real da família biológica. Em algumas situações algum parente próximo pode cuidar da criança. Em outros casos os pais não têm condições de ficar com a criança, como nas hipóteses previstas no CC, e, portanto, o melhor é a destituição do poder familiar e o encaminhamento para uma nova família. É importante sempre buscar o melhor interesse da criança na situação fática.

3. Quais as possíveis soluções aos problemas identificados, na sua opinião?

Atualmente temos em alguns estados a utilização de um aplicativo que aproxima as famílias interessadas das crianças em abandono. O resultado está sendo muito eficaz, é interessante que verifique qual o percentual de êxito na aplicação deste aplicativo. Ainda, acredito que o ideal é ter uma equipe multidisciplinar alinhada com o Poder Judiciário, que consiga de forma mais rápida todos os laudos necessários. É importante que se tente diminuir a burocracia nesses processos, tendo em vista que a demora influencia diretamente na vida da criança. O procedimento de citação nos processos de Direito de Família deveria ser mais rápido. Acredito que a morosidade para a citação e a falta de preparo dos envolvidos no procedimento afetam diretamente o tempo do processo. O elevado número de processos também é um fator determinante, as audiências demoram muito tempo para serem realizadas.

Entrevista 2: Claudia Giongo, assistente social e professora universitária

Data: 03/12/2018.

1. Há, no Brasil, pessoas interessadas e habilitadas a adotar. Em sua visão, qual o principal empecilho à concretização das adoções de crianças e adolescentes?

- Priorização do retorno da criança e adolescente para sua família de origem, extensa ou rede de pertencimento, sendo a adoção a última medida a ser tomada;
- O perfil da criança e adolescente indicado/exigido pelos pais adotantes;
- Histórico de “devolução”, o que caracteriza vivência de rejeição e uma nova violação de direitos;
- Equipe técnica insuficiente, considerando que faltam profissionais, prioritariamente assistentes sociais e psicólogos. São eles que fazem a acolhida, análise e acompanhamento no processo de adaptação dessa criança e adolescente.

2. Qual a importância do tempo do procedimento de destituição do poder familiar para que crianças e adolescentes sejam adotados?

- Necessidade de investir em todas as possibilidades possíveis para o retorno das crianças e adolescentes a suas relações de pertencimento.

3. Quais as possíveis soluções aos problemas identificados, na sua opinião?

Intervenção em 3 níveis de atuação:

1º Político Administrativo – investimento na instauração de mudanças culturais relacionadas à compreensão da responsabilidade comunitária na proteção à criança e adolescente;

Corresponsabilização estatal no cuidado de crianças e adolescentes. Ruptura com a lógica de culpabilização familiar.

2º Gestão e Planejamento – investimento na qualificação dos técnicos para a compreensão e intervenção com o tema. Instauração fluxos interinstitucionais.

3º Processos socioassistenciais - atendimento qualificado com todos os envolvidos.

Entrevista 3: Vinicius Mauat, Oficial de Justiça que atende a 2ª Vara de Infância e Juventude do Fórum de Porto Alegre.

Data: 03/12/2018

1. Há, no Brasil, pessoas interessadas e habilitadas a adotar. Em sua visão, qual o principal empecilho à concretização das adoções de crianças e adolescentes?

As informações do Cadastro nacional de Adoção mostram que o número de pretendentes habilitados supera em muito o número de crianças disponíveis. As questões raciais e de gênero já não ocupam um espaço significativo dentro do perfil pretendido. Objetivamente, a principal discrepância se refere ao perfil etário. Os pretendentes buscam crianças mais novas e o perfil disponível apresenta apenas crianças de idade mais avançada e adolescentes. Vale ressaltar que esta dificuldade está presente em quase todos os sistemas de adoção da América do Sul – e inclusive no sistema de adoções aberta americano – em maior ou menor intensidade.

2. Qual a importância do tempo do procedimento de destituição do poder familiar para que crianças e adolescentes sejam adotados?

Fundamental. Em 2015 o CNJ⁴⁹ já havia verificado que o processo de adoção faz com que as crianças ingressem mais tarde no CNA. Ingressando mais tarde, diminuem suas chances de encontrar uma família. O Processo de destituição familiar é uma etapa lenta e dolorosa para todos os envolvidos, em especial para as crianças e adolescentes.

3. Quais as possíveis soluções aos problemas identificados, na sua opinião?

A habilitação poderia ser iniciada através de meios eletrônicos e, na minha opinião, realizada por órgãos técnicos credenciados.

A destituição do poder familiar deve ser mais célere. O prazo de 120 dias proposto pelo ECA (mesmo se cumprido) é muito longo. Conjugado com os 120 dias do processo de adoção, são 240 dias que o adotado passará provavelmente em um abrigo institucional.

Uma hipótese seria a audiência da destituição do poder familiar promover a citação dos pais e na mesma solenidade intimar toda a família extensa que eventualmente pudesse assumir a guarda da criança ou adolescente.

No mesmo campo, a busca pelos pais biológicos consome muito tempo desta etapa. É preciso ter em mente que via de regra a destituição lida com famílias vulneráveis socialmente, o que acaba por provocar uma grande mobilidade destas partes. No meu entendimento, é preciso ponderar se a busca (e a tentativa de reinserir a criança) pela família biológica está em consonância com o melhor interesse da criança.

⁴⁹ <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/02/be5ba61c5c02d04d9e45a555cb5630b8.pdf>, acessado em 03 de dezembro de 2018.

Entrevista 4: Deborah Soares Dallemole, estudante de Direito.

Data: 03/12/2018

1. Há, no Brasil, pessoas interessadas e habilitadas a adotar. Em sua visão, qual o principal empecilho à concretização das adoções de crianças e adolescentes?

A principal dificuldade em concretizar a adoção liga-se ao perfil que os adotantes buscam, o qual, em grande parte, acaba por não ser compatível com o perfil das crianças e adolescentes disponíveis à adoção – principalmente no tocante à idade. Portanto, a idade dos adotandos apresenta-se como um dos principais empecilhos à adoção, tendo em vista que, em geral, se buscam crianças jovens, o que não é o perfil dos jovens disponíveis à adoção no Brasil. Em análise do Cadastro Nacional da Adoção, vê-se que 78% dos adotantes indicam que aceitariam crianças de até 5 anos de idade, ao passo que, em estudo prévio sobre o acolhimento em Porto Alegre, verificou-se que a idade média dos jovens acolhidos girava em torno de 11 anos de idade. Assim, analisando estas informações, a idade parece ser o principal obstáculo para que os jovens sejam adotados, tendo em vista a preferência majoritária dos adotantes por crianças mais novas.

2. Qual a importância do tempo do procedimento de destituição do poder familiar para que crianças e adolescentes sejam adotados?

O tempo é de extrema importância, haja vista que, como abordado na resposta anterior, a idade da criança ou adolescente se mostra como fator determinante de suas chances de ser adotado por nova família. Em estudo realizado sobre o acolhimento institucional em Porto Alegre em processos de janeiro a março de 2018, verificou-se que apenas em relação à cerca de 54% dos jovens acolhidos já havia ocorrido o ingresso da Ação de Destituição do Poder Familiar e, destas, nas em que houve o ingresso posterior à medida protetiva, havia um tempo médio de dezenove meses entre o acolhimento e o ajuizamento da ADPF.

3. Quais as possíveis soluções aos problemas identificados, na sua opinião?

Acredito que uma solução possível seria a implantação de maior celeridade processual entre a verificação da situação de vulnerabilidade que impede a convivência da criança com sua família e o ingresso da ADPF. Ademais, as chances de retorno com sucesso do jovem à sua família após o acolhimento são diretamente ligadas ao tempo de afastamento, vez que quase metade das crianças que voltam à família acabam por serem acolhidas novamente depois. Assim, o ideal seria que, tão logo verificada a impossibilidade de retorno – ainda na primeira audiência –, notando-se que o problema que levou ao acolhimento não possa ser solucionado (ou não haja interesse de outros familiares em exercer a guarda do jovem), haja o ingresso da ADPF, a fim de reduzir o tempo de institucionalização e não deixar que o tempo dos procedimentos se torne um dos fatores que dificultam a adoção da criança ou adolescente em questão.

Entrevista 5: Luciana Mansija, mãe social da ONG Ação Social da Aliança

Data: 03/12/2018

1. Há, no Brasil, pessoas interessadas e habilitadas a adotar. Em sua visão, qual o principal empecilho à concretização das adoções de crianças e adolescentes?

O principal empecilho são as exigências que vem de ambos os lados. De um lado, os pais habilitados que exigem crianças com pouca idade e sem irmãos. De outro lado, grande parte dos destituídos do poder familiar e aptos a adoção estão em grupos de irmãos e é difícil de separá-los, além de terem mais idade do que a almejada pelos pretendentes à adoção.

2. Qual a importância do tempo do procedimento de destituição do poder familiar para que crianças e adolescentes sejam adotados?

Durante os trâmites dos procedimentos legais de destituição do poder familiar, que são prolongados na maioria das vezes porque os pais biológicos querem continuar com seus filhos e tem direito a argumentar contra a retirada dos filhos de casa, é comum que os pais sejam direcionados a mudanças, como a sua situação de rua ou de risco a esses menores.

A Justiça tenta fazer com que voltem ao convívio familiar, mas na maioria das vezes sem sucesso, pois os pais não conseguem se organizar. Enquanto isso, as crianças se adaptam aos lares para onde vão, abrigos ou casa lar.

3. Quais as possíveis soluções aos problemas identificados, na sua opinião?

Acredito que abrange algo bem maior que a destituição do poder familiar e a adoção. Vemos estas crianças sendo retiradas do convívio do que as vezes nem podemos dizer “familiar” devido a tantos riscos e por estarem tão expostas.

Abrange a pobreza, a desinformação e o descaso com os pequenos, que chegam aos abrigos com todo tipo de problemas emocionais. Não adiantaria agilizar o processo de adoções sem um bom suporte básico lógico porque muitos são devolvidos por não se adaptarem aos pais adotivos.

Acredito que o problema seria amenizado, não resolvido, se houvessem menos exigências por idade, sexo ou cor por parte dos habilitados a adoção. Da parte do Juizado, que providenciasse meios para que as crianças não ficassem tanto tempo em abrigos, que fossem encaminhados mais rapidamente às casas lares onde há o convívio com outras crianças e “mães” para acostumarem com a ideia de adoção.

Entrevista 6: Márcia Elaine Favaron da Costa, psicóloga da Pequena Casa da Criança

Data: 03/12/2018

1. Há, no Brasil, pessoas interessadas e habilitadas a adotar. Em sua visão, qual o principal empecilho à concretização das adoções de crianças e adolescentes?

Acredito que não tenha um principal empecilho. Temos a burocracia como barreira, mas também a falta de conscientização social. Além da morosidade do processo de adoção, também se construiu um falso “padrão” de crianças/adolescentes que se encaixariam, e quem não tem esse padrão, sobra. Utópica mente, a adoção deveria ser uma questão de humanidade. Ao deparar-se com crianças/adolescentes que não possuíssem lar, quem estivesse disposto e em condições (físicas, emocionais e financeiras), candidatar-se-iam a acolher e responsabilizar-se pelos adotados.

2. Qual a importância do tempo do procedimento de destituição do poder familiar para que crianças e adolescentes sejam adotados?

Crianças/adolescentes em abrigos/ casa de passagem, inicialmente, estariam mais protegidas que em seus lares. Esses espaços funcionariam para avaliação de como estão, de fato, os envolvidos. Uma equipe técnica competente consegue avaliar minimamente as condições tanto da família quanto da criança/ adolescente.

3. Quais as possíveis soluções aos problemas identificados, na sua opinião?

Acredito que seria um sistema menos lento e burocrático, mais amplo e palpável em questões de avaliação de ambos envolvidos. Uma conscientização de que não existe “padrão” de indivíduos para adotar/acolher. O simples fato de existir menores de idade necessitando de “famílias”, já bastaria para se ter também famílias disponíveis a se responsabilizar. É, antes de qualquer coisa, um problema social.